

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LES
DROITS SUBJECTIFS PUBLICS
DES PARTICULIERS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 17 février 1912, à 1 h. 1/2

PAR

I. CHOUMENKOVITCH

Président : M. LARNAUDE.

Suffragants { MM. CHAVEGRIN, *Professeur.*
POLITIS, *Agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 43

1912



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LES
DROITS SUBJECTIFS PUBLICS
DES PARTICULIERS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 17 février 1912, à 1 h. 1/2

PAR

I. CHOUMENKOVITCH



Président : M. LARNAUDE.

Suffragants { MM. CHAVEGRIN, *Professeur.*
POLITIS, *Agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

LA MÉTHODE SOCIOLOGIQUE ET LA MÉTHODE JURIDIQUE

I

Selon qu'on l'observe sous des angles différents, la question des droits subjectifs publics se présente avec des aspects multiples. En sociologie, elle n'est qu'un côté du problème plus vaste concernant le rapport entre l'individu et la société, rapport caractérisé par un déterminisme social rigoureux, disent les uns, par une très grande indépendance individuelle, affirment les autres. En politique, cette question met aux prises le principe d'autorité, d'une part et les idées libérales et égalitaires, de l'autre. En droit, enfin, elle ne concerne que le côté juridique du rapport existant entre l'individu et l'État, rapport de fait transformé grâce au droit positif en un rapport de droit avec toutes les conséquences qu'une semblable situation comporte.

Toute complexe qu'elle soit, cette question n'en rentre pas moins dans le domaine de la recherche assignée à une

seule science, à la science générale de l'Etat (1). Mais appartenir à une seule science ne veut point dire être soumis à une seule méthode scientifique. Étant donné l'imperfection de la connaissance humaine et la différence des fins auxquelles cette connaissance doit servir un éclectisme méthodologique est aussi indispensable que naturel dans l'étude de notre question.

Et tout d'abord, s'il est nécessaire pour comprendre le rapport de fait entre l'individu et la société étatique, de recourir à une méthode sociale et historique, il n'en est pas moins indispensable, pour concevoir et apprécier ce rapport du point de vue du droit, de faire appel à une méthode purement juridique. C'est que la première méthode étudie la position de l'individu dans l'État comme une manifestation sociale et comme une catégorie historique, tandis que la méthode juridique ne veut déterminer que le contenu des règles juridiques concernant ce rapport, grouper ces règles sous un seul point de vue et en déduire toutes les conséquences qu'elles comportent. Son but, en un mot, c'est la représentation juridique d'un fait social. Rien de plus.

Ce dualisme méthodologique n'est pourtant pas considéré comme bien fondé par tous les juristes. Assez récemment s'est manifestée dans l'étude du droit une tendance nettement moniste, hostile à la méthode purement juridique.

(1) V. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, I. *Das Recht des modernen Staates*, trad. franç., sous le titre *l'État moderne et son droit*, liv. I.

Cette tendance est représentée par la jeune école positiviste et sociologique qui exige en effet, que tous les efforts des jurisconsultes soient désormais absorbés par la seule science sociale, et par là elle entend exclusivement la pure observation des faits et la constatation de leurs rapports causals.

Cette exigence est-elle justifiée ? La condamnation de l'école juridique au nom de la réalité objective et du principe de causalité est-elle vraiment sans appel ? Voilà des questions qui attirent impérieusement notre attention, tant par leur importance pour l'existence même de notre science, que par les débats passionnés auxquels elles ont donné lieu surtout ce dernier temps. Il nous paraît donc logique de prendre en considération et d'examiner cette question de méthode, avant tout exposé positif de notre problème.

Pour mener à bien ce travail, il nous faudra, en premier lieu, exposer en quoi consiste la méthode juridique, si souvent attaquée, quels sont sa nature, sa manière d'agir, son véritable but. En second lieu, il faut étudier les griefs formulés contre elle par l'école sociologique, et se rendre compte du bien fondé des arguments invoqués par cette dernière contre ce qu'on appelle la métaphysique juridique.

Nous serons alors à même de comprendre la vraie portée de la méthode juridique et d'apprécier l'utilité relative, il est vrai, mais à coup sûr certaine de son emploi.

En même temps nous verrons si le domaine de la

méthode sociologique ne doit pas être limité, et si sa prétention d'absorber toute l'étude du droit n'est pas aussi exorbitante qu'injustifiée. Ce qui nous confirmera dans cette opinion, ce sera surtout, en dehors des considérations générales, l'incapacité de la méthode sociologique de fournir aux juristes des concepts stables, d'un maniement facile et d'une application réellement utile, devoir auquel ne peut échapper aucune discipline, celle du droit moins que toute autre.

II

Pour exprimer en une formule claire et précise la nature et le procédé de la méthode juridique, nous ne pourrions mieux faire que de recourir à la grande autorité du juriste que M. Saleilles (1) appelle, à juste titre, « le créateur de la science du droit public en France », à notre professeur et éminent maître, M. Larnaude. Dans une conférence faite au Collège Libre des Sciences Politiques, conférence publiée par la suite dans un recueil intitulé *Les méthodes juridiques*, M. Larnaude exprime de la façon suivante ses idées sur la méthode juridique.

(1) *Les méthodes juridiques*, Préface, p. xxiv.

« Cette méthode, composée à la fois d'induction et de déduction, consiste essentiellement à rechercher dans les constitutions, dans les codes, dans les lois et aussi dans les décisions juridiques, et encore dans la pratique, qui sait si bien créer ce que j'appelle volontiers le droit à côté, en un mot dans toutes les manifestations de la vie juridique, dans tous les phénomènes juridiques, les règles essentielles, que toutes ces manifestations supposent, et ce que nous aimons, nous, juristes, à appeler les principes.

« Et une fois ces principes trouvés, dégagés, pour les cas innombrables qui n'ont pas été prévus, qui n'ont même pas pu l'être, pour les hypothèses sans cesse diversifiées, qui surgissent de la vie, cette grande créatrice, on en tire les conséquences, en leur appliquant la règle, contenue dans le principe.

« C'est le travail principal de la jurisprudence, pour laquelle les principes sont en quelque sorte les instruments de travail, les outils indispensables (1). »

La recherche des principes par l'induction, c'est-à-dire par abstraction et généralisation, et l'utilisation des principes grâce aux déductions logiques en vue des applications pratiques, tels sont, dans les grandes lignes, le procédé et le but des recherches juridiques, tels sont les caractères essentiels de cette méthode, formulés plus

(1) *Les méthodes juridiques*, p. 21.

haut d'une façon concise et claire, d'une façon bien française (1).

Quant au mécanisme de travail de cette méthode, c'est la notion du rapport de droit.

La méthode juridique n'a pas pour but de qualifier tel acte licite pour telle personne, mais seulement de qualifier cer-

(1) Si pourtant on voulait entrer dans la question de détail, on découvrirait trois lois, trois phases principales dans notre méthode. Ce sont l'analyse, la concentration et la construction juridique.

La première, l'analyse juridique, consiste à décomposer les rapports de droits, à séparer les uns des autres les divers éléments, pour rapprocher ensuite les traits communs que l'on rencontre dans plusieurs de ces rapports, comme une autopsie, une décomposition chimique ont pour but de trouver dans les sujets différents, dans des composés distincts des ressemblances foncières.

La concentration juridique a, au contraire, pour but de simplifier et d'unifier la matière juridique. Elle consiste, après l'analyse, à réunir ce qui peut être groupé par raison de similitudes, à distinguer les choses identiques ou semblables, à établir des règles générales auxquelles se rattachent les solutions particulières. L'immense avantage de cette opération, c'est évidemment que le principe, une fois trouvé et reconnu, devient lui-même source de nouvelles règles de droit.

Vient ensuite la construction juridique qui est la phase la plus élevée, et par conséquent la plus abstraite de la méthode juridique. C'est elle qui constitue la base de la méthode doctrinale dans le droit. Son but est de grouper les diverses solutions sous une idée commune d'un caractère technique. Elle prend comme point de départ les solutions certaines résultant des diverses sources de droit, d'où elle dégage ensuite un ensemble de règles qui assurent à la construction une unité systématique. V. Démogue, *Les notions fondamentales du droit privé* p. 226-227, Ihering, *L'esprit*. t. III p. 27.

tains êtres sujets de droit et de les représenter comme liés les uns aux autres par des rapports de droit dont ils sont bénéficiaires, ou qui pèsent sur eux, qui leur permettent certains actes, ou leur en défendent d'autres, ou encore les obligent à une certaine manière d'agir (1).

La vie sociale n'est qu'un complexe des rapports psychologiques existant entre les membres de la collectivité sociale. Le droit, qui est une manifestation de la vie sociale, doit présenter forcément le même caractère. Il consiste également en rapports psychologiques entre deux ou plusieurs personnes, rapports dont la qualité spéciale est d'être réglés par la norme juridique. La science juridique n'a donc fait que refléter la réalité, quand elle a pris pour le fondement de sa méthode la notion du rapport entre deux sujets juridiques. Les juristes ont bien raison de considérer les rapports sociaux réglés par le droit comme les rapports de droits, de les analyser en droits et obligations, et de rattacher tous ces droits et toutes ces obligations à des personnes comme sujets. Dans la science juridique, tout tourne, tout pivote autour de la notion du rapport de droit, conçu comme un *vinculum* qui réunit un être à un autre et c'est là, comme le dit M. Planiol, l'axiome inébranlable, la vérité élémentaire, sur laquelle est fondée toute la science du droit.

L'importance de cette notion est si considérable que l'introduction de la méthode juridique dans le droit public

(1) Démogue, *op. cit.*, p. 320-321.

n'a pu s'accomplir avant que l'on n'ait attribué à l'État la personnalité juridique, c'est-à-dire la capacité à figurer dans un rapport de droit soit comme sujet actif soit comme sujet passif. « Nous allons être obligés, écrivait déjà en 1837 W. E. Albrecht, de nous représenter l'État comme une personne juridique (1). » Ce besoin, pressenti par Albrecht, avait été formulé plus tard par Gerber (2) comme un postulat indispensable de la science du droit public. Depuis, il a obtenu sa pleine satisfaction grâce aux nombreux travaux de l'école juridique moderne, soit en Allemagne, soit en France. Par là, le mécanisme de la méthode juridique s'est introduit dans l'étude des règles de droit public. On a pu construire les rapports de la vie publique à l'image de ceux de la vie privée comme des rapports de droit, les analyser en droits et obligations et rattacher ces droits et ces obligations à des personnes comme sujet, dont l'une est toujours la plus haute personnalité juridique existante : l'État.

III

Il est curieux de constater que c'est précisément à l'oc-

(1) Dans un compte rendu de *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts* de Maurenbrecher, dans *Göttinger gelehrte Anzeigen*, III, p. 1491.

(2) Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3^e éd., Leipzig, 1880, p. 2, note 2.

casien de sa victoire dans le droit public que la méthode juridique a commencé par être attaquée. Pourtant au début on s'arrêtait là.

Tout en admettant son emploi dans le droit privé, les adversaires de la méthode juridique se contentaient seulement de contester son utilité pour l'étude des rapports de la vie publique.

Depuis, les choses ont changé du tout au tout. Ce n'est plus la méthode juridique dans le droit public, c'est la méthode juridique tout entière qui est attaquée. Ce n'est plus une notion particulière de cette méthode, c'est son fondement lui-même qu'on essaye d'ébranler.

Dans ces attaques, l'école positiviste s'est particulièrement signalée. C'est elle qui a donné le premier signe d'alarme, c'est elle également qui a demandé le remplacement pur et simple de la méthode juridique par une méthode sociale. Nous allons exposer les principaux griefs formulés par elle, spécialement d'après les travaux très intéressants d'un juriste et sociologue français, qui a porté les coups les plus rudes à la méthode juridique. Nous voulons désigner ici M. Léon Duguit.

La méthode juridique est attaquée au nom de deux postulats principaux. La vraie science étudie la réalité objective, les faits réels. Elle recherche en outre le lien causal entre ces phénomènes découverts. La science juridique actuelle, disent ses adversaires, déroge à ces deux principes fondamentaux.

Quant au premier postulat, la science juridique ne le satisfait pas, parce qu'elle dédaigne les faits réels.

« Le propre de la pensée juridique, écrit M. Duguit, est de s'enfermer dans le cadre artificiel des fictions et des abstractions, d'édifier de toutes pièces le droit par l'imagination, sans tenir compte des faits réels et de la vie. Or, le temps est passé des fictions et des abstractions, ce qu'il faut avant tout ce sont des faits et des réalités. Ces abstractions et ces fictions de la méthode juridique s'évanouissent à la simple observation de la réalité (1). »

« Et que les juristes n'invoquent pas la nature spéciale des faits juridiques. Ils ne sont pas différents de ceux des autres sciences, ils ne représentent pas un monde idéal et abstrait, mais un monde de la réalité objective, un monde des faits tangibles et visibles qu'il faut expliquer et classer (2). »

Le second devoir d'une science, c'est de rechercher le lien causal entre les phénomènes observés. Or la méthode juridique n'est pas capable de donner une explication causale des faits juridiques. Il n'y a cependant que cette explication qui pourrait lui donner un caractère rigoureusement scientifique.

En effet, les sciences naturelles ne se sont-elles pas développées en suivant fidèlement le principe de causalité ? M. Duguit avait même au début identifié la causalité des

(1) Duguit, *L'Etat*, I. p. 1.

(2) *Ibid.*, p. 21.

phénomènes naturels avec ceux de la vie sociale. Ensuite il est revenu sur sa première affirmation en reconnaissant une différence essentielle entre ces deux groupes de phénomènes. Tandis que dans la nature règne la causalité efficiente, la vie sociale est l'empire de la causalité finale. « Les phénomènes naturels, dit-il, nous apparaissent déterminés par des causes nécessaires ou contingentes, peu importe. Les actes humains nous apparaissent déterminés par des buts choisis librement peut-être, mais à coup sûr choisis consciemment. C'est pourquoi la loi sociale est une loi de but. La règle de droit est donc la règle de la légitimité des buts et par là elle est tout à fait différente de la loi physique ou biologique qui est la loi des rapports de cause à effet (1). »

En un mot, la méthode juridique est inutile parce qu'elle ne satisfait pas les buts principaux de la science positive, qui consiste à observer et constater d'abord les faits, essayer ensuite de déterminer les lois, c'est-à-dire les rapports fixes qui unissent ces faits dans leur ordre de succession et dans leur ordre de coexistence, tenter enfin de prévoir à l'aide de ces lois les faits de l'avenir (2).

Si le fondement de la méthode juridique n'est pas bon, les résultats auxquels elle aboutit ne peuvent pas être meilleurs. L'école positiviste entreprend en effet d'examiner

(1) *Ibid.*, p. 16-17.

(2) Duguit, « Le droit constitutionnel et la sociologie » dans *Revue internationale d'Enseignement*, 1888, p. 485.

le mécanisme de la technique juridique, la manière dont il est employé, les résultats qu'il a fournis. Cet examen est désastreux pour la méthode juridique, puisque tout son système et toutes ses notions fondamentales s'y écroulent comme un ramassis de fictions et d'abstractions.

Voici la notion fondamentale de la technique juridique : le droit se présente toujours comme un rapport entre deux sujets juridiques. Est-elle d'accord avec la réalité ? Décidément non, répond M. Duguit. Cette notion n'est pas vraie, elle ne peut pas l'être. Car, tant que ce rapport n'existe qu'entre les individus, on peut encore facilement trouver les sujets nécessaires du droit. Ce sont les personnes humaines. Mais comment construire ces rapports juridiques dans le droit public. Où sont ici les sujets de droit ? On a voulu, il est vrai, répondre à cette question, en créant une autre théorie, celle de l'État personne morale. La qualité du sujet de droit est attribuée à l'État conçu comme une collectivité. Mais M. Duguit s'élève contre cette seconde théorie, laquelle à son tour n'est pas non plus, d'après lui, conforme à la réalité. Cette personne collective, cette personnalité juridique de l'État, existe-t-elle, se demande M. Duguit. L'observation des faits réels nous la révèle-t-elle ? Non. Dans le monde de réalité on ne voit que les faits suivants : des hommes ou des groupes d'hommes, dont les uns sont plus forts que les autres et dont les plus forts ont toujours imposé une contrainte aux plus faibles. Ce sont les seuls faits que l'observation

nous révèle. Quant à un être collectif, support de la personnalité étatique, on ne l'a jamais vu. Pourquoi alors s'acharner à démontrer son existence (1).

Ce n'est pas seulement la personnalité de l'État qui est niée par M. Duguit. L'attribution aux simples particuliers de cette aptitude à posséder les droits et les obligations, n'est pas, d'après l'éminent professeur de Bordeaux, une moindre fiction. Cette aptitude devrait être composée des pouvoirs latents reconnus par l'organisation juridique, des droits subjectifs en un mot. Or, ce monde de droits subjectifs est un monde artificiel et vain. M. Duguit se flatte de le prouver facilement. Le seul fait directement saisissable est pour lui l'existence d'une règle objective, d'une règle générale de conduite, qui n'est au fond que la solidarité sociale sous ses deux aspects : solidarité par similitude et solidarité par division du travail. Cette règle objective M. Duguit la formule de la façon suivante : « Agis de manière à ce que ta conduite soit conforme à la solidarité sociale ; ne fais rien qui aille contre cette solidarité ; les détenteurs de la force sociale, enfin, doivent être obligés d'employer cette force pour augmenter la solidarité sociale (2). »

De cette règle objective, peut-on déduire ce que les juristes aiment à appeler les droits subjectifs ? Certainement non, déclare M. Duguit. Il ne faut examiner,

(1) Duguit, *L'État*, I, p. 6.

(2) *Ibid.*, t. I, p. 87.

d'après lui, que les hypothèses suivantes : 1° Aucune manifestation de la volonté humaine ne se produit; 2° une volonté se traduit à l'extérieur, déterminée par un but conforme ou non à la règle de droit. Dans le premier cas, il est superflu de le dire, nous nous trouvons uniquement en présence de la règle objective. De droits subjectifs il n'y en a pas. Si les volontés individuelles ont certains pouvoirs, on ne peut les qualifier que de pouvoirs objectifs, puisqu'ils dérivent directement de la règle objective. Grâce à la règle objective l'homme a un pouvoir de vouloir, mais non pas un pouvoir d'obtenir, un pouvoir que l'on appellera non point subjectif, mais, d'après l'expression de M. Duguit, un pouvoir objectif.

Si la volonté individuelle se manifeste extérieurement, la seconde hypothèse possible d'après M. Duguit, et si cette manifestation se traduit par un acte conforme à la règle de droit, l'effet produit sera un effet juridique. Ce sera une situation juridique subjective, parce qu'elle est créée par une volonté particulière. Mais l'examen de cette situation ne nous révèle pas plus que celui de la précédente les prétendus droits subjectifs. Le pouvoir qui y est contenu ne constitue pas un lien entre deux sujets déterminés. Il n'est pas continu. Lorsque l'effet voulu par la volonté créatrice de cette situation juridique est obtenu, le pouvoir et le devoir résultant de cette situation juridique disparaissent. Ils s'épuisent par la réalisation du

résultat voulu. Ils ne peuvent donc pas constituer une aptitude continue et latente comme l'est la personnalité juridique. La personnalité juridique n'est donc qu'une fiction, la seule réalité visible est l'individualité objective de l'homme.

IV

Il nous semble que les attaques adressées par l'école positiviste à la méthode juridique ne reposent pas sur des fondements bien solides. Elles sont plutôt le résultat des confusions fâcheuses concernant la nature du droit ainsi que le but de la science juridique. En même temps, croyons-nous, la méthode préconisée par les positivistes est purement négative, elle détruit les concepts juridiques existants, mais elle ne met rien à leur place.

Quant à la première objection basée sur le principe de causalité, voici ce que l'on peut répondre à l'école positiviste. Dire que la méthode juridique ne peut pas expliquer l'enchaînement causal des phénomènes juridiques et la condamner pour cela, c'est lui faire un véritable procès de tendance. En effet, la méthode juridique n'explique pas la causalité entre les phénomènes juridiques, parce qu'elle ne

veut pas l'expliquer. Son but est ailleurs. Au lieu d'opérer avec le concept de la causalité, elle opère avec celui de la règle impérative, de la norme (1).

Il y a deux sortes de règles ou de lois. Les unes constatent des rapports de causalité entre différentes manifestations, les autres contiennent simplement une prescription impérative. Celles-ci prescrivent et ordonnent qu'on se conduise d'une façon déterminée ; leur réalisation n'est possible que si l'on y adapte sa pensée et ses actes, selon le cas ; elles ne valent qu'à cette seule condition. Il y a donc des règles qui expriment ce qui est et d'autres qui ordonnent que quelque chose soit. Cette seconde catégorie de règles est celle des règles impératives ou normes.

Aussi bien que les premières, elles peuvent faire l'objet d'une description ou d'une explication scientifique. Une des tâches les plus élevées de la science sociale est de constater les règles impératives, de noter leur importance pour l'action sociale, de comprendre leur connexion intime avec les différentes forces sociales par le fait desquelles elles ont pu germer dans notre conscience. Parmi les normes les plus importantes pour la science de l'État sont assurément les normes juridiques. *La science du droit ne se propose pas d'étudier les rapports de causalité ; les règles*

(1) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, trad. franç. : *l'État moderne et son droit*, p. 27 et suiv.

qu'elle examine n'ont rien de commun avec les lois naturelles : ce sont des normes.

Tout en n'ayant pas pour but l'explication causale des phénomènes, la science juridique n'en est pas moins une vraie science, c'est une science normative.

Nous ne trouvons pas plus exacte cette autre exigence de l'école positiviste, d'après laquelle la méthode juridique devrait étudier les faits juridiques comme les faits réels, tangibles et visibles. Cette exigence serait justifiée, si le droit se présentait à nous comme une chose matérielle, qui existerait en soi, comme une réalité d'ordre extérieur.

Or, la nature des faits juridiques est tout autre. Le monde de droit est un monde d'idées, de concepts d'esprit. Les règles juridiques n'existent pas comme substance ou attribut de substance, mais comme des relations d'individus à individus, comme des rapports conçus par l'esprit humain. A la base des idées juridiques nous trouvons, il est vrai, comme *substratum* les faits sociaux objectifs, et ceux qui se déroulent dans le for intérieur de l'homme. Seulement ces faits concrets réels ne sont pas les idées juridiques elles-mêmes, et ne font pas l'objet de la science juridique. Les idées juridiques sont des abstractions, ou plutôt les résultats des abstractions s'exerçant sur les rapports des hommes et des choses, et des hommes entre eux. Prenons par exemple la propriété ou la possession. Ces deux idées juridiques se dégagent des rapports des

hommes et des choses, tels qu'ils sont réglés par le droit. Elles ne sont pas toutefois des objets que l'on puisse saisir ou voir, mais uniquement des rapports qui ont les choses réelles, objectives avec les normes auxquelles elles sont soumises. A ces deux notions juridiques en tant qu'idées ne correspond aucune réalité extérieure par rapport à nous : en dehors de nous il y a bien des choses matérielles, mais point de choses tangibles au sens juridique, point de propriété, point de possession (1).

Étant donné cette nature double des faits juridiques, il n'y a que deux manières de les traiter scientifiquement : ou bien, pour rester fidèle à la méthode des sciences naturelles, on ne recherchera que le côté objectif, matériel dans ces faits, et alors on laissera de côté ce qui est proprement juridique, ou bien on admettra le caractère double de ces faits, et alors on abandonnera la réalité objective aux autres sciences, réservant à la méthode juridique ce qui est essentiellement juridique, c'est-à-dire les concepts de rapports réglés par le droit.

L'école positiviste accepte la première solution. Par là elle est amenée à négliger et à nier tout un monde de réalités, la réalité juridique. Pour rester réaliste, l'école positiviste n'a voulu rechercher que la réalité concrète. Le résultat de cette tendance a été, on le voit, le contraire. Ce n'est pas être réaliste que de négliger une réalité qui n'est

(1) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, trad. franç., p. 268.

pas moins réelle, si nous pouvons nous exprimer ainsi, que celle des sciences naturelles.

Ces réalités sont des réalités appartenant au monde de l'action, de la vie pratique. C'est le monde des valeurs et des buts humains, que le droit doit canaliser et mettre en harmonie, puisqu'il vise la coordination des relations des hommes vivant en société (1). Ce monde n'a rien à voir avec les concepts purs, avec les choses en soi. Pour l'esprit qui se pose les buts, qui conçoit les valeurs, la nature extérieure en elle-même est indifférente. pour lui, elle est ce qu'elle est en lui (2).

Enfin envisageons le dernier point, la critique des notions fondamentales de la science juridique et leur remplacement par des notions nouvelles.

On ne découvre dans le droit, avons-nous dit, qu'un ensemble de processus psychologiques, et de relations d'individu à individu. Ces relations sont extrêmement complexes. Le droit a pour premier but, de les réunir en un tout. C'est pourquoi la fonction des idées juridiques consiste à classer la multitude des règles juridiques sous des points de vue communs, de considérer, en un mot, comme unité tous les faits dont elles s'occupent. Elles se présentent alors à nous comme des formes synthétiques et

(1) Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 621.

(2) Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, t. I.

abstraites des faits multiples, comme de véritables synthèses mentales.

Ces synthèses mentales sont nécessaires pour celui qui veut dominer intellectuellement le droit. Car il ne faut jamais l'oublier, le but de la méthode juridique est essentiellement pratique. « Elle a, dit Ihering, à résoudre la question suivante : comment le droit, abstraction faite de son contenu, doit-il être organisé et établi, pour que son organisme simplifié facilite et assure le plus largement possible l'application des règles de droit aux cas concrets (1). » La technique juridique, c'est, comme le dit M. Génv (2), ce qu'il y a d'artificiel, ou ce qui est œuvre propre de la volonté humaine dans la constitution du droit positif. Elle a pour but de mettre en valeur, c'est-à-dire de transformer et assouplir la matière juridique donnée de façon à l'adapter à la pratique pour laquelle les règles juridiques sont destinées.

Or, ce but ne peut pas être atteint, si le juriste ne possède pas ces merveilleux instruments de travail, ces formes synthétiques des faits juridiques, qui sont les concepts juridiques. C'est grâce à eux que la science juridique arrive à se rattacher à ce qui est stable et

(1) Ihering, *L'esprit du droit romain*, trad. Menlanaere, t. III, p. . . t. VI et suiv.

2) *Les méthodes juridiques*. Les procédés d'élaboration du droit civil, p. 173 et suiv.

immuable dans la mobilité pure de la vie juridique réelle. Ils servent de véritables poteaux indicateurs, qui jalonnent la route tracée par notre intelligence à travers la complexité de la vie pratique (1).

A la place de ces concepts stables, que nous donne l'école positiviste. Un fouillis de phénomènes, une rhapsodie de perceptions. Elle décompose, en effet, les concepts juridiques en ses parties, et ne recherche parmi ces dernières que celles qui correspondent à une réalité objective. Et alors elle met cette analyse incomplète à la place des synthèses obtenues par la méthode juridique.

Qu'est-ce en effet que la définition de l'État chez M. Duguit? Ce n'est qu'une description des phénomènes extérieurs de l'État. Cette définition nous révèle l'existence des individus et d'un territoire, des faits sans

(1) Du reste est-il vraiment nécessaire que les théories juridiques soient les copies adéquates des réalités objectives? Nous ne le croyons pas. Si le pragmatisme, comme le dit excellemment M. Gény, est peu décisif dans l'ordre de la connaissance où la vérité ne se mesure pas aux résultats acquis, le criterium de succès semble irréfutable dans l'ordre de l'action, dont ressort directement la technique juridique. Par conséquent, celui qui admet ce postulat du pragmatisme, ne doit pas apprécier la valeur des théories juridiques d'après leur concordance plus ou moins grande avec la réalité objective, mais d'après leur aptitude à jouer le rôle des *guides commodes*, qui aident les juristes à parcourir facilement et avec succès la complexité réelle des phénomènes juridiques. — V. W. James. *Pragmatisme*, trad. franç., spéc. leçon II, V, VII; Larnaude, *op. cit.*, et la leçon d'ouverture de son cours de l'année 1911-1912, Gény, *op. cit.*, spéc. p. 193.

lesquels il n'y a pas d'État, mais qui à eux seuls ne sont pas l'État.

Nous retrouverons les mêmes défauts dans l'étude du droit subjectif? Qu'est en effet cette étude sinon une analyse psychologique des volontés humaines, et une étude des conditions extérieures de l'organisation sociale. La norme objective, la manifestation de la volonté dans un acte juridique, ne sont que des faits extérieurs qui sont à la base du concept juridique du droit subjectif, mais qui à eux seuls ne constituent pas ce concept.

Or, c'est précisément le contraire de ce que doit faire une bonne méthode. C'est elle qui a seulement pour office d'introduire de l'unité dans la diversité de la vie pratique. C'est elle qui doit construire un système de concepts en les classant, en les disposant par séries et en établissant entre eux des liaisons intellectuelles. Par là elle nous met dans la possibilité d'assigner à chaque nouveau fait juridique, la place qu'il doit occuper dans le système des concepts juridiques, en d'autres termes de rendre intelligible du point de vue juridique.

Il est à remarquer que malgré tous leurs efforts les positivistes n'ont pas réussi à construire un système de droit, mais seulement des principes de justice. Les concepts que nous fournit M. Duguit par exemple à la place des notions juridiques existantes, ne sont pas à même de remplir le rôle des instruments de travail des juristes, mais constituent seulement les bases éventuelles d'une métaphysique

juridique. « Nous défions M. Duguit, dit excellement M. Hauriou (1), de tirer de sa doctrine une indication quelconque au sujet de la substance sociale spécifique d'un droit déterminé. Car, continue le même auteur, si nous lui demandons ce qu'il y a de social dans le droit de propriété, il nous répondra, qu'il doit être conçu de façon à ne pas nuire à la solidarité sociale et au contraire, à la favoriser. Si nous lui demandons ce qu'il y a de social dans le droit d'expropriation, la réponse sera exactement la même, et d'ailleurs, elle sera la même pour tous les droits.

Ainsi donc, la recherche sociologique ou bien ne donne à la technique juridique aucun concept propre à servir d'instrument de travail, ou bien elle donne des principes trop vagues et trop incertains, et par conséquent inutilisables dans la pratique. Cela nous prouve une fois de plus la nécessité d'une autre méthode qui créera et emploiera les instruments de découvertes nécessaires aux juristes — de la méthode juridique.

V

Nous croyons avoir défendu la méthode juridique contre les attaques positivistes. Mais nous avons pourtant conscience de tous les défauts de cette méthode et des dangers qui peuvent en résulter.

(1) *Principes de droit public* p. 68.

Il importe de bien se rendre compte de ces défauts, si l'on ne veut pas tomber dans les erreurs d'une vaine scolastique. Le plus grand danger de la méthode juridique consiste dans la nature de son instrument principal qui est la logique formelle. En effet, cette méthode, on l'a vu, n'est que l'emploi des conceptions pures, développées par une logique toute abstraite et considérée comme instruments nécessaires de fécondation de textes légaux et d'élaboration d'idées juridiques indépendantes.

Elle a son utilité incontestable. Elle a joué un rôle prépondérant dans les pays à législation fragmentaire et non codifiées, où le droit commun imparfaitement précisé par la coutume, paraissait exiger pour son intelligence et son développement toute une série de constructions théoriques, qu'on a cru, à défaut des formules légales, suffisamment générales, ou complètes, ne pouvoir étayer solidement que sur la base d'une logique serrée, partant des conceptions *à priori*, procédant par raisonnements abstraits, parfois même dénaturant le droit positif au profit de l'idée pure. Elle peut et même elle doit faire progresser la pratique et conduire à la découverte des solutions nouvelles, en fécondant les raisons toutes concrètes des institutions au moyen des conceptions qui jouent à leur égard le rôle d'idées-forces et permettent d'en tirer des effets inaperçus (1).

(1) Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 130 et suiv.

Mais il ne faut pas exagérer la valeur de ce travail. Pour que les constructions de la méthode juridique puissent produire des formes prédéterminées, dominées par une conception tenue pour objectivement vraies et développant leurs conséquences suivant un ordre logiquement nécessaire, il faudrait que le droit se présentât à nous comme une science exacte, à la façon des mathématiques, dont tous les éléments animés d'une force logique vivent d'une vie purement formelle, idéale et isolée des choses contingentes, qu'ils régissent.

Or, telle n'est pas la nature du droit. D'après son but même, le droit est appelé à régir les rapports incessamment variables de la vie sociale. Il ne se développe pas, d'après un plan logique, il est encore moins le produit d'une opération logique. Les concepts mathématiques trouvent leur origine dans les rapports abstraits des formes de nos facultés intuitives et, par conséquent, ils peuvent être ramenés aux formes les plus simples de notre intuition. La jurisprudence, au contraire, puise ses concepts dans les rapports les plus concrets et les plus enchevêtrés de la vie sociale et de l'activité individuelle. L'application de la logique formelle doit être ici très difficile et ne peut pas avoir les mêmes résultats heureux que dans les mathématiques (1).

En même temps il ne faut pas exagérer la valeur de la

(1) Wundt, *Logik*, II, *Methodenlehre*, p. 606

logique formelle comme instrument de découverte. Elle est incapable de développer d'elle-même le concept de la réalité. Elle ne fournit que des formules, des catégories vides, que l'expérience doit remplir d'un contenu tiré de la vie réelle. Elle ne peut pas non plus contrôler les résultats de son travail. Il ne sert de rien à constater l'accord logique parfait entre tous les anneaux de la chaîne des déductions logiques ; malgré cela ces résultats peuvent être en contradiction flagrante avec la vie et la conscience juridique. Le plus grand danger serait donc de croire, comme l'ancienne scolastique, qu'il y a une correspondance réelle entre les concepts et leur filiation, d'une part, et les choses dans leur dépendance naturelle d'autre part, de croire en un mot que l'ordre de la genèse des concepts est identique à l'ordre de la genèse des choses.

Il s'agit donc d'apporter un correctif à cette méthode dangereuse à de nombreux points de vue. Ce correctif serait l'observation de la réalité. Le juriste doit être conscient de l'idée que le droit ne s'épuise pas dans les éléments logiques, qu'il est créé par des forces réelles de la conscience juridique, et qu'il commence toujours par des réalités historiques. Pour le comprendre il faudrait donc qu'il l'étudie dans son évolution au sein de la vie sociale entière, qu'il le conçoive comme un produit historique, par conséquent qu'il lui applique la méthode historique et sociale (1).

(1) Une conception philosophique, une métaphysique est égale-

Pour étudier le droit au point de vue social, nous disposons de deux méthodes parce que nous pouvons l'observer de deux manières différentes (1). Nous pouvons l'envisager d'abord du dehors, d'une manière purement objective. La nature du droit nous apparaîtra alors comme celle d'une puissance indépendante de l'homme, ayant sa raison d'être dans la nature objective des êtres. Cette méthode que l'on appelle *objective*, est celle de la spéculation métaphysique. Elle est sans aucun intérêt au point de vue scientifique.

D'après une autre conception les faits juridiques ne peuvent être compris que si on connaît les actes juridiques qui leur donnent naissance et les accompagnent. Car tous les faits externes qui ont lieu dans la société, de même d'ailleurs que toutes les manifestations qui proviennent du fait de l'homme, dépendent de la volonté, dont la direction et le contenu sont déterminés par le for interne de l'homme et par son action psychologique. Par conséquent la connaissance des faits juridiques ne se trouve pas dans le monde objectif, mais dans le monde

ment nécessaire pour traiter les questions de droit. Le lien entre le Droit positif les théories métaphysiques et éthiques est facile à apercevoir dans les questions du fondement, de l'essence et du but de l'État et du droit.

Sur le rôle de la méthode historique et des connaissances philosophiques V. Larnaude, *op. cit.*, p. 43 et suiv., et p. 58 et suiv. Aussi Gierke, *op. cit.*

(1) V. la-dessus Jellinek, *op. cit.*, p. 231-235 et p. 502-505.

subjectif. Ils sont les phénomènes de la nature humaine intérieur, ils font partie des conceptions humaines, ils n'existent que dans notre cerveau. La méthode sociale qui est la conséquence nécessaire de cette conception des faits sociaux, est une méthode subjective, psychologique. De ce point de vue définir le droit, c'est établir quelle partie du contenu de notre conscience doit être désignée sous ce nom.

Quelle est la valeur respective de ces deux méthodes pour l'étude du droit? Il ne rentre pas dans le cadre de notre travail d'entreprendre la discussion de cette difficile question des méthodes sociologiques. Nous remarquerons seulement que la méthode subjective nous paraît, étant donné la nature spéciale du droit, particulièrement désignée pour l'étude des faits juridiques.

Quoi qu'il en soit, la première nécessité est non seulement de choisir une de ces deux méthodes, mais aussi de suivre rigoureusement jusqu'au bout celle que l'on a choisie. Autrement, si l'on emploie les deux méthodes indifféremment dans la même question et pour le même but, on s'expose aux plus fâcheuses confusions. C'est précisément, nous semble-t-il, le cas de M. Duguit.

Malgré tout le respect que nous devons à la large érudition de l'éminent professeur de Bordeaux, malgré toute l'admiration que nous autres jeunes nous avons pour ses travaux intéressants à tant de titres, il nous semble que ses développements sur la méthode sociale manquent de

précision et ne sont pas tout à fait exempts de contradictions.

En effet M. Duguit a-t-il bien conçu et défini la nature de son objet ? Quelle est cette réalité qu'il veut étudier ? Est-ce une réalité extérieure, objective, telle que celle des sciences naturelles, ou bien une réalité interne, subjective ? On chercherait en vain chez M. Duguit, une réponse précise à cette question.

D'après certaines de ces affirmations on est tenté de croire que pour lui cette réalité est celle du monde extérieur, celle qui parvient à notre conscience à travers les sens. N'affirme-t-il pas que les faits juridiques sont des faits tangibles ? Ne nie-t-il pas la personne morale pour la simple raison que l'on ne l'a jamais vue ?

Mais l'exemple le plus frappant de sa conception objective est sa notion du droit. « La règle de droit, dit-il, existe, non seulement avant que la contrainte, destinée à la sanctionner, soit organisée, mais *avant même que l'homme en ait conscience*. Malgré la différence précédemment mise en relief et qui sépare le monde physique du monde social, on peut dire, conclut M. Duguit, que de même que les lois physiques existaient avant que la science les formulât, de même la règle de droit existait avant que les hommes en eussent conscience (1). » Dans ce passage est exprimée avec évidence la croyance à l'existence objective du droit,

(1) Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 115.

en dehors et indépendamment des consciences individuelles. La méthode qui devrait être employée pour son étude serait donc une méthode sociale objective.

Pourtant M. Duguit sent bien que cette conception est difficilement admissible. Aussi se décide-t-il rapidement à l'abandonner et à se prononcer pour une conception psychologique et subjective des faits de la réalité sociale. En effet, voici comment il détermine un peu plus loin le but de la sociologie... « Ce que la science sociale doit préciser, c'est bien moins le fait lui-même du groupement social que la forme en laquelle ce fait se reflète dans la conscience humaine, et l'action qu'il exerce sur le vouloir humain. Ce qui doit l'intéresser, c'est *la représentation* de ce fait dans la conscience individuelle; c'est la réaction de ce fait sur ses déterminations(1). » La raison pour laquelle M. Duguit fixe ce but à la sociologie se trouve dans la nature des faits sociaux, qui sont avant tout, affirme-t-il, « des faits de conscience. »

La matière de la science sociale ne sera plus alors la réalité extérieure et objective, mais le contenu de la conscience humaine, non pas ce qui est objectif, mais ce qui est subjectif, non pas la chose représentée, mais la façon dont elle est représentée... La conséquence de ce point de vue nouveau est l'emploi indispensable d'une méthode sociale psychologique et subjective.

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 145.

Il y a donc chez M. Duguit deux manières de concevoir l'objet des sciences sociales : dans la première cet objet est une partie de la nature extérieure, dans la seconde il n'est qu'une partie de la conscience humaine.

Or ces deux notions s'excluent. Entre elles il faut choisir. Si l'on accepte la seconde, le point de départ dans l'étude du droit, comme nous l'avons dit, sera la conscience humaine ; il faudrait par conséquent examiner cette partie de notre conscience, que l'on pourrait qualifier de juridique. Si au contraire, on accepte la première, les représentations psychologiques des réalités extérieures n'ont plus aucune valeur scientifique. La façon dont nous nous représentons la nature extérieure n'a pas plus d'importance pour la science sociale que n'en a pour la physique la façon dont nous nous représentons la chaleur ou la lumière.

Si on analysait une sensation humaine quelconque, on saisirait facilement la différence entre un fait appartenant à la méthode subjective et un fait appartenant à la méthode objective ; c'est-à-dire la différence entre le psychologique et l'objectif. Dans chaque sensation il faut distinguer deux parties, l'une objective, l'autre subjective : *ce dont nous prenons conscience et la conscience que nous en prenons*. Ce qui est proprement psychologique, ce n'est pas le phénomène perçu, mais la perception même que nous en avons, cette réaction du sujet, cet acte d'aperception, cette prise de possession par la conscience.

Dans son travail, M. Duguit, malgré l'affirmation qu'il suivra la recherche subjective et à cause de cette fâcheuse confusion entre la nature psychologique et la nature objective du droit, se préoccupe presque exclusivement de ce dont nous prenons conscience, du fait extérieur, en délaissant ce qui est véritablement psychologique : la conscience que nous avons de ces faits. Par là la méthode sociale de M. Duguit, tourne à la description des phénomènes extérieurs et se confond avec la méthode des sciences physiques.

∴

C'est un monisme méthodologique injustifié qui a déterminé l'école positiviste à attaquer la méthode juridique. Cependant la croyance à la toute puissance et à l'infailibilité d'une seule méthode scientifique, est tout ce qu'il y a de moins scientifique. Un seul et même fait, un seul et même objet peuvent se présenter et être envisagés sous une infinité d'aspects. Suivant l'angle sous lequel nous nous plaçons, nous obtenons des représentations différentes, et ce serait, répétons-nous, la plus grave des erreurs de méthode que de vouloir assigner, pour base aux investigations d'un domaine scientifique déterminé, la manière de voir propre à un domaine tout différent (1). La

(1) Jellinek, *op. cit.*, p. 83.

méthode qui a réussi dans l'un ne peut pas réussir dans l'autre. Il ne faut donc pas s'acharner à l'employer quand même. Les belles paroles de M. E. Leroy dans son article « Science et Philosophie » (1), résument très bien la question. « Je crois, dit-il, que plus d'un problème sans portée, plus d'une contradiction factice disparaîtraient, si l'on consentait à reconnaître qu'une méthode n'est pas seule bonne, pour être la seule que l'on emploie, qu'une attitude intellectuelle n'est pas forcément naïve, parce qu'on n'est pas habitué à la prendre, en un mot, qu'il y a plusieurs biais possibles pour regarder les choses et plusieurs voies diverses pour arriver au vrai. La superstition d'un procédé unique présenté comme inévitable et parfait n'est souvent qu'un défaut de critique, car toute sagesse est courte par quelque endroit. Les négations seules sont fausses. »

(1) Dans *Revue de métaphysique et de morale*, 7^e année, 1899, p. 377.

CHAPITRE II

HISTORIQUE

La question des droits subjectifs publics des particuliers est celle de la position de l'individu dans l'État. Est-il une partie insignifiante, soumise entièrement au tout, qui est l'État, est-il le simple objet sur lequel s'exerce le pouvoir illimité de ce dernier : ses droits envers l'État, ses droits publics sont presque réduits à zéro. Prend-il, au contraire, une place indépendante, une sphère d'activité libre dans l'État et aussi une participation à l'exercice du pouvoir public, sa situation change par là-même : il devient, après avoir été un simple objet, un sujet de droits dans ses rapports avec l'autorité étatique.

Ces positions sont pourtant les produits de l'évolution historique, évolution dont la date la plus importante est la Révolution française, dont le résultat le plus décisif est la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Pour bien comprendre la nature juridique du rapport

qui unit actuellement l'individu à l'État — et cette connaissance est indispensable pour celui qui veut faire une construction juridique de ce rapport, — il est absolument nécessaire de tenir compte des phases historiques successives, par lesquelles a passé l'individu dans son évolution au sein de l'État, et des victoires qu'il a emportées sur l'État dans le domaine de la politique aussi bien que dans celui du droit.

L'idée que presque toutes les sociétés débutent par une absorption quasi absolue de l'individu, par un « égoïsme social exclusif », pour employer l'heureuse expression de M. G. Richard (1), n'est pas une simple hypothèse. Dans ces phases primitives la prépondérance, la toute puissance de la société est incontestable. L'individu ne possède rien par lui-même et pour lui-même. Tout est à la collectivité, qui est le seul sujet de droits, la seule personnalité juridique existante.

Et il faut bien que cela se passe ainsi. C'est que les dangers provenant des autres groupes et de la nature extérieure sont au commencement de la vie sociale beaucoup plus grands, tandis que la résistance de l'homme est forcément plus faible. Un lien social fort et puissant est indispensable pour tenir dans un ensemble compact et résistant les unités, qui seraient trop faibles si elles étaient

(1) *L'idée d'évolution dans la nature et dans l'histoire*, p. 248.

laissées à elles-mêmes, ou si elles étaient mal reliées par des liens lâches et peu durables.

Une autre condition facilite cet état de choses : grâce à cette grande influence de la société, les consciences individuelles sont presque entièrement imprégnées des sentiments collectivistes, l'individu ne veut pas, ne pense pas par lui-même et pour lui-même, mais par la société et pour la société. Il ne lui vient donc pas à l'idée de se poser vis-à-vis de la société comme un sujet des droits différents de ceux de la collectivité, de trouver en lui-même une fin digne de protection et égale à celle que la vie collective lui fournit. Comme on l'a très bien remarqué, l'état de guerre — et les premières sociétés méritent pleinement ce nom, — nous ramène involontairement à cette forme de l'altruisme qui prévaut dans les communautés animales et où le dévouement exigible de l'individu aux fins communes est une condition absolue de l'existence sociale. Elle nous empêche d'admettre un autre altruisme, qui oblige la communauté de traiter l'individu, ses droits, sa culture comme des valeurs dignes de protections.

Mais de ce que cette soumission absolue de l'individu est le commencement de l'évolution sociale, il ne s'ensuit pas que ce soit son aboutissement nécessaire. Certes il ne faut pas admettre avec les purs rationalistes, que parvenue à ses formes supérieures, une société politique a le devoir et le pouvoir de changer ses institutions de fond en comble, et d'amener d'un seul coup une organisation, où,

conformément à un principe abstrait de la liberté individuelle, toutes les fins sociales seront supprimées au profit des seules fins individuelles.

Cette conception est contraire à la nature des choses aussi bien qu'à la saine logique humaine. Il faut considérer, avec l'école naturaliste et historique, comme définitivement prouvé, que la société ne saurait jamais être construite *à priori* par la raison et imposée aux faits par un acte de volonté. Loin d'être purement rationnelle, elle est, surtout au commencement, une communauté instinctive, et elle garde forcément ce caractère pendant toute son évolution. L'expérience du passé pèse lourdement sur la conscience du présent par le poids de ses traditions et de ses préjugés, et par l'influence des œuvres créées grâce à la tendance instinctive. En face de ces facteurs, presque irrésistibles, devant les obstacles que lui suscitent la nature extérieure et la société, la raison humaine représente une force trop faible; elle est très facile à fléchir, et à être ramenée sous les jugs des forces inconscientes. Mais si faible qu'elle soit, elle commence peu à peu à se libérer du déterminisme absolu qu'exerce sur elle la conscience collective. Quoique l'expérience du passé continue toujours d'influencer ses jugements, l'homme commence cependant à apprendre de l'histoire, qu'il peut reviser cette expérience et en éliminer *graduellement* la part d'erreur que le passé y a mêlée. Cette action graduelle de la Raison sur la conscience collective fait

apparaître une nouvelle morale sociale, une morale qui tient plus largement compte de l'individu, et qui lui accorde une valeur toujours plus importante (1).

Les conséquences de cette évolution sont capitales. Grâce à elles la soumission instinctive et involontaire aux exigences de la vie sociale tend à être remplacée par une adhésion volontaire et réfléchie. L'individu, ayant acquis une plus grande valeur, la société le reconnaît et l'admet comme une force digne d'indépendance, comme une fin en soi. De là à ce qu'elle se croit obligée envers l'individu et son droit, il n'y a qu'un pas, qui est du reste vite franchi.

Dans ses grandes lignes, l'évolution de la société humaine n'amène donc ni la toute puissance de l'autorité sociale, ni l'indépendance illimitée de l'individu. Ni l'éloignement absolu de ces deux termes, ni la suppression de l'un d'eux, mais la reconnaissance de leur existence mutuelle et leur rapprochement de plus en plus grand, voilà la tendance essentielle de cette évolution, telle que les sociétés occidentales nous la présentent.

II

Le principe de l'autorité sociale qui plie les fins individuelles pour les soumettre aux fins collectives serait,

(1) G. Richard, *op. cit.*, p. 248.

d'après l'opinion établie, un des traits caractéristiques de l'État antique, de Rome et de la Grèce en particulier.

Benjamin Constant (1) le premier et à sa suite Fustel de Coulanges (2), Mohl (3), Beudant (4), etc..., ont présenté une conception du rapport entre l'individu et l'État dans l'antiquité, qui est, pour ainsi dire, en contradiction complète avec la conception moderne de ce rapport. Dans l'Ancienne Grèce, affirme-t-on, l'individu ne croyait pas qu'il pût exister à son profit des droits opposés à ceux de la cité. Cela ne pouvait même lui venir à l'idée. Dans les oligarchies oisives, qui vivaient de l'esclavage, le citoyen mettait sa dignité et son plaisir à exercer sa part de la souveraineté. Participer à la chose publique, voter, nommer les magistrats, pouvoir être archonte, être en un mot membre du corps souverain, c'est ce qu'il appelait être libre. Toute sa liberté consistait donc à participer au pouvoir public.

Cette conception apparaît donc comme l'antithèse même de celle que les modernes se font de la liberté. « Chez les anciens, dit B. Constant (5), l'individu, souverain presque habituellement dans les affaires publiques, est esclave

(1) et (2) « De la liberté des anciens comparée à celle des modernes » dans *Cours de politique constitutionnelle*, éd. Laboulaye, II, 1861.

(3) *Enzyklopädie*, 1^{re} éd. (1859), p. 319.

(4) *Le droit individuel et l'État*.

(5) *Op. cit.*, p. 539 et s.

dans tous ses rapports privés. Comme citoyen il décide de la paix et de la guerre ; comme particulier il est circonscrit, observé, reprimé dans tous ses mouvements... Chez les modernes, au contraire, l'individu indépendant dans sa vie privée, n'est, même dans les Etats les plus libres, souverain qu'en apparence. Conclusion : la liberté des anciens, c'est la participation à la puissance publique ; la liberté des modernes, c'est l'indépendance vis-à-vis de la puissance publique. »

Or, cette antithèse n'est, d'après certains auteurs (1), ni aussi vraie ni aussi nette que le croyaient volontiers les libéraux de la première moitié du XIX^e siècle. On n'est en droit d'affirmer cette toute puissance de la société grecque que pour le début de sa vie historique. Dans les époques plus avancées et surtout avec le développement de la civilisation grecque, l'individu commence à se libérer du joug que la société lui impose. Un individualisme aussi puissant que celui du temps moderne, se fait jour et remplace les anciennes conceptions collectivistes. Dans ces phases postérieures on est même conscient de l'antithèse entre la liberté conçue comme participation au pouvoir public et la liberté conçue comme indépendance vis-à-vis du pouvoir public.

L'individu possédait dans l'antiquité aussi bien qu'actuellement, une sphère d'activité libre sur laquelle la

(1) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, chap. X, 2. *L'État grec*.

société ne pouvait pas empiéter. C'est surtout à Athènes, que la liberté individuelle avait grandi avec le développement de la civilisation. Comment pourrait-on expliquer autrement la richesse de la vie intellectuelle et artistique de ce temps-là. Les sciences et les arts réglementés par l'État auraient donné des fruits bien maigres. Comme le dit Jellinek (1), la police de la littérature exigée par Platon, n'avait jamais existé en réalité. C'est aux modernes, et non pas à l'antiquité, qu'appartient l'honneur d'avoir inventé la censure.

La vie économique était également basée sur une grande indépendance individuelle. Les recherches récentes ont bien montré que le droit privé hellénique avait atteint un haut degré de développement. Le fait, que le droit de tester était reconnu aux Athéniens, met clairement en relief le fondement individualiste de leur droit privé. Les impôts directs existaient à Athènes comme des restrictions à la liberté ; ils étaient considérés comme des exceptions, ce qui montre clairement que l'idée de l'indépendance économique était profondément enracinée dans les consciences individuelles (2).

Faudrait-il en conclure qu'il n'existe aucune différence entre l'État moderne et l'État antique quant à la conception du rapport entre l'individu et l'État ? Certainement

(1) *Op. cit.*, p. 297.

(2) *Ibid.*, p. 298.

non. Sans doute, l'individu dans l'État antique comme dans l'État moderne, pouvait exercer son activité dans une sphère d'action libre et indépendante de l'État, mais l'antiquité n'a jamais eu conscience du *caractère juridique* de cette activité libre. Avoir conscience que cette liberté individuelle est d'ordre juridique suppose, en effet, que l'on a conscience d'une antinomie entre l'individu et l'État. Or c'est précisément le sentiment de cette antinomie, qui a manqué aux Grecs, et lorsque l'individualisme des époques postérieures aurait pu l'éveiller, c'en était fait de l'indépendance de la Grèce. Affirmer que l'individu libre a des droits, c'est présupposer une double antinomie, celle de l'église et de l'État et celle du monarque et du peuple. Ce sont en effet les luttes religieuses des temps modernes, c'est la lutte entre l'absolutisme et les droits du peuple qui ont enfanté la conception de l'individu ayant originairement des droits et se mouvant dans une sphère libre, inaccessible même à l'État.

L'opposition entre le roi et le peuple, nous la trouvons encore aujourd'hui latente dans la conception que l'autorité gouvernementale a, malgré sa souveraineté juridique, des limites par rapport au peuple. Les libertés et privilèges possédés au moyen-âge par les individus, les corporations, les états, correspondent historiquement aux libertés modernes, garanties par les constitutions.

De même, l'opposition entre l'État et l'Église a eu pour résultat qu'aujourd'hui, dans tous les États civilisés, on

est persuadé que l'autorité gouvernementale s'arrête nécessairement au seuil de la conscience des membres de l'État.

Or, comme nous l'avons dit, aucune de ces antinomies n'existaient en Grèce, car l'individu ne désirait point être dégagé de la contrainte religieuse, l'idée de quelque chose d'analogue à un changement de religion est absolument étrangère à l'époque de la religion naturelle polythéiste, et le peuple n'avait pas à s'opposer au souverain, puisqu'il était lui-même ce souverain (1).

Comme les Grecs, et pour les mêmes raisons, les Romains n'ont pas eu une notion juridique claire d'une sphère de liberté politique, quoique l'on retrouve des traces certaines de l'idée, que la puissance du législateur a elle-même des limites à l'égard de l'individu.

A Rome comme en Grèce, nous rencontrons l'idée de n'obéir qu'à la loi, et partout une autorité limitée. D'autre part, l'esprit juridique des Romains, si analyste, a parfaitement vu avec la netteté désirable que la qualité du citoyen comporte le droit de réclamer des services de l'État et celui de participer au gouvernement.

Mais ces considérations ne sont pas valables pour le principat et l'empire. Dans ces époques les droits publics de l'individu était réduit à un minimum : le citoyen ne jouissait plus, finalement que de sa capacité juridique

(1) Jellinek, *op. cit.*

comme homme privé ; c'est à ce moment que la liberté qui avait toujours existé en fait jusque là disparaît complètement. L'État romain, depuis Constantin, et l'empire bysantin, sont les deux seuls États dont on puisse dire qu'ils aient totalement ignoré l'individu comme personne indépendante.

L'absence d'un droit individuel de nature à tenir en échec la puissance publique est l'un des traits caractéristiques de l'État absolu des ^{xvi}^e, ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles. La seule fin de cette société politique était l'accroissement de sa puissance publique. La raison d'État est par conséquent l'instrument naturel de cette politique dominatrice. Et contre la raison d'État aucun droit ne prévaut. Les particuliers ont sans doute des droits les uns par rapport aux autres : ils n'en ont point au regard de l'État. C'est ce mode de gouvernement qui est appelé en France l'ancien régime et qui a précédé la Révolution. C'était le temps où régnait la conception patrimoniale de l'État : le peuple aussi bien que le territoire était considéré comme simple objet sur lequel s'exerçait la puissance étatique, identifiée du reste avec l'autorité du prince. C'était le temps où le prince, personnification de l'État, ne trouvait dans les droits de ses citoyens aucune limite à sa puissance publique, où cette omnipotence royale était sans autre contrepoids que le sentiment chez le prince de ses devoirs et de sa responsabilité devant Dieu. Il n'est donc nullement étonnant que l'idée d'un pouvoir individuel sur la puis-

sance publique, l'idée d'un droit subjectif public ait été à cette époque-là absolument inconnue (1).

Pourtant déjà longtemps auparavant, certaines idées se font jour en faveur de l'indépendance individuelle. Le christianisme avait déjà habitué les hommes à considérer une des sphères de leur activité, celle de la conscience religieuse, comme soustraite à la toute puissance étatique. Il est vrai qu'en dehors du droit à la liberté religieuse le christianisme se désintéresse complètement de l'individu et le livre, pour ainsi dire, à l'autorité étatique. Et même dans le domaine de la conscience religieuse, l'indépendance n'est ni assez complète, ni suffisamment assurée. Si l'autorité civile ne peut s'y mêler, l'autorité ecclésiastique est non seulement autorisée, mais presque invitée à exercer un contrôle rigoureux des consciences, un contrôle que l'on croit aussi salutaire qu'indispensable (2).

La Réforme (3) née de cet abus d'autorité a, à son tour, continué la tradition du christianisme dans le sens d'une liberté plus grande et d'une indépendance plus digne de l'homme. Son influence principale s'est manifestée dans certaines déclarations élaborées en Amérique du Nord par des congrégationalistes et par les puritains. Intéressantes par elles-mêmes, ces déclarations ont obtenu une valeur

(1) V. H. Michel, *L'idée de l'État*, p. 8.

(2) V. Fouillée. *L'idée moderne du droit*, Beudant, *op. cit.*

(3) Fouillée, *op. cit.*

encore plus grande par l'influence qu'elles ont exercée sur la Révolution française et sur la Déclaration de 1789. Car — la question des principes philosophiques mise à part —, l'idée d'une constitution écrite n'est pas, d'après l'aveu même des auteurs français, une idée française. MM. Borgeaud (1), Larnaude (2), M. H. Michel (3), sont d'accord pour considérer cette idée comme américaine, ou plus exactement comme anglaise et puritaine.

En dehors de cet antagonisme sur le terrain religieux il en existait un autre sur le terrain politique. C'était le dualisme entre le droit royal et le droit populaire, que le Moyen-Age n'a pas pu faire disparaître. Il n'est pourtant arrivé à son apogée qu'à la fin du ^{xviii}^e siècle et n'a obtenu son entière expression que grâce à la Révolution française.

L'Angleterre possédait bien avant des documents que l'on peut considérer comme les premiers essais de codification de droits subjectifs publics. Ce sont la *Petition of Rights* (1628) et le *bill of Rights* (1689), que la couronne était forcée de reconnaître au peuple, après avoir été

(1) Établissement et Revision des Constitutions en Amérique et en Europe (Paris, Thorin, 1893). Cf. des articles publiés par le même dans les *Annales de l'Ecole libre des Sciences politiques*, avril 1890 et janvier 1891.

(2) A son cours, ainsi que dans la préface de la traduction française de *La Déclaration des droits de l'homme*, de Jellinek.

(3) *Op. cit.*, p. 31 et suiv. aussi Jellinek. *Die Erklärung*, etc., *Allgemeine Staatslehre*, p. 400, n° 3.

vaincue dans la lutte que les Stuart, désireux d'établir un régime absolu en Angleterre, avait engagée avec le Parlement. Mais il faut d'abord constater que l'on ne retrouve point dans ces documents une distinction, même ébauchée, entre les principes de l'organisation objective et l'idée du droit subjectif. Il est également intéressant de constater que la doctrine du droit naturel n'était pas non plus capable de dégager de ces documents législatifs une conception claire des droits subjectifs publics. Le *Bill of Rights* était déjà devenu loi quand Locke (1) formula sa théorie des limites objectives de la puissance étatique, qui n'était autre que la théorie de la liberté naturelle de l'homme, et quand il assigna à l'Etat comme but unique la protection de la vie, de la propriété et de la liberté des particuliers. La conception objective de Locke fut, il est vrai, transformée le siècle suivant par Blackstone (2) en véritables droits du citoyen, mais cet auteur s'en tint là et se contenta de déclarer droits fondamentaux la sécurité, la liberté et la propriété.

(1) *On Gouvern.* II. XI. § 412, cité pour Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 400, n° 2.

(2) *Commentaries on the laws of England*, I. 1. Cité par Jellinek, *System.* p. 1.

III

Ce n'est qu'à partir de la première Révolution française et spécialement sous l'influence de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que s'est formée, dans le droit positif des États modernes du continent, la notion des droits subjectifs publics. Et si au point de vue des faits, des documents historiques, cette déclaration peut se rattacher aux documents semblables des colonies américaines, au point de vue des idées, des conceptions philosophiques elle est œuvre française par excellence, produit de l'histoire de ce peuple et surtout de sa philosophie individualiste du XVIII^e siècle. A un autre point de vue encore ce document acquiert une importance capitale. C'est le point de vue pratique. Non contents de les formuler comme des maximes philosophiques, les Français se sont empressés d'en faire de véritables principes juridiques. Non contents de les posséder pour eux-mêmes, ils se sont mis à les répandre, à les propager, parmi les peuples du monde civilisé. La déclaration des droits n'est pas restée enfermée dans un cercle limité, comme semblables documents anglais ou américains, elle n'a pas eu l'importance d'une affaire purement locale ou nationale, mais d'un

événement mondial. L'importance politique de ce document est du reste bien connue pour que nous soyions obligés d'y insister plus longtemps. Qu'il nous soit pourtant permis d'attirer encore une fois l'attention sur l'importance qu'il a pour l'histoire du droit. Et ici nous voulons laisser la parole à un savant allemand qui, en rendant justice à la portée historique de la Déclaration, ne peut pas être soupçonné, comme les savants français, d'être sous l'influence des idées politiques et du passé révolutionnaire. C'est Jellinek dont nous voulons citer les lignes suivantes :

« On a bien, dit Jellinek, observé la portée historique et politique de ce document, mais beaucoup moins l'importance qu'il a dans l'histoire du droit, et qu'il conserve encore de nos jours. Quoi qu'il en soit de la valeur intrinsèque des propositions générales contenues dans cette déclaration, il n'est pas moins constant que c'est sous son influence que s'est formée, dans le droit positif des états du continent, la notion des droits subjectifs et publics des droits de l'individu. La littérature du droit public ne connaissait, jusque-là, que les droits des chefs de l'État, les privilèges des classes, des particuliers ou de certaines corporations. Les droits généraux des sujets n'apparaissaient que sous forme de devoirs de l'État, mais ne constituaient pas, pour l'individu, des titres caractérisés de droit. Ce n'est que par la déclaration des droits de l'homme que s'est formée, dans toute son ampleur, dans le droit positif, la notion des droits subjectifs du citoyen vis-à-vis de l'État,

notion qui jusqu'alors n'était connue que du droit naturel (1). »

IV

Les premières constitutions françaises commençaient par les déclarations des droits de l'homme et du citoyen, où étaient exposés les droits des individus vis-à-vis de l'État. Ces constitutions, et surtout la charte de 1814, avec ses droits civiques et politiques garantis aux Français, ont été copiées par les pouvoirs constituants des autres États.

Suivant l'exemple de la charte française, la constitution belge de 1830 a donné une liste encore plus longue des droits des citoyens. C'est en imitant cette constitution que les autres peuples ont adopté les idées françaises. On aperçoit cette influence dans le projet de constitution de l'Assemblée nationale allemande de Francfort, où se

(1) Jellinek, *Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, trad. fr. *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, p. 2.

Notre travail ne portera que sur les droits subjectifs publics des particuliers. Mais, il va sans dire que ces droits peuvent appartenir aux êtres autres qu'individus, spécialement aux collectivités, possédant la personnalité juridique. Ces personnes morales peuvent très souvent figurer dans un rapport de droit public, comme sujet des droits subjectifs publics.

trouvent exposés les droits fondamentaux du peuple allemand. Ces idées trouvent également un écho en Autriche dans le mouvement constitutionnel de 1848. Elles pénétrèrent dans la constitution prussienne de 1850 qui se contentait de refléter, dans son chapitre 2, la constitution belge et le projet de l'Assemblée nationale de Francfort.

Dans la seconde moitié du xix^e siècle, le mouvement est devenu général par la proclamation des constitutions libérales des états balkaniques, et, ce dernier temps, par l'entrée dans la vie constitutionnelle de quelques États, qui étaient considérés jusqu'ici comme seuls représentants du régime absolutiste.

C'est donc l'affranchissement de l'individu, l'individualisme développé et juridiquement reconnu qui marque, comme un trait caractéristique, la constitution de l'État moderne et son rapport avec les citoyens.

V

Ce mouvement constitutionnaliste a eu pour première conséquence de créer au profit des citoyens des droits négatifs, ceux qui empêchent l'État d'empiéter sur la sphère d'activité libre laissée à l'individu.

Mais ces droits négatifs n'expriment pas tout ce que l'individu possède dans ce domaine. A côté d'eux il s'est développé encore, principalement ces derniers temps, une

foule de droits ayant pour contenu une action positive de l'État. Et cette évolution, appelée en Allemagne socialisme d'État et interventionnalisme étatique en France, n'est certes pas prête à être bientôt close.

La connaissance de toute cette évolution est indispensable pour celui qui veut avoir une notion claire du rapport existant actuellement entre l'individu et l'État. Le droit ne crée rien par lui-même. C'est une enveloppe qui enserre les faits de la vie, un moule dans lequel viendra se fixer le flux changeant des phénomènes économiques et politiques. Pour comprendre la structure, la forme de cette enveloppe il faut par conséquent connaître le contenu, l'histoire des faits qu'elle enserre, car, conditionné en majeure partie par son contenu, le droit est, comme ce contenu, un produit de l'histoire et ne peut par conséquent être expliqué que par l'histoire. Cette nécessité est surabondamment prouvée par l'insuccès des théories qui ont, volontairement ou non, ignoré l'évolution historique des faits, dont elles avaient à rendre compte. D'après Gierke, c'est la faute fondamentale d'un des plus célèbres juristes de l'Empire allemand, de l'éminent professeur de Strasbourg, M. Laband (1). Laband, remarque Gierke (2), ne veut étudier que le côté formel du droit. Il se désintéresse complètement de son histoire. Pourtant, pour

(1) V. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, t. I.

(2) Laband's *Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, dans *Jahrbuch für Gesetzgebung*, etc., de Schmoller, 1883, t. VII, p. 47.

connaître les normes juridiques, il est indispensable de connaître l'évolution de la vie sociale tout entière, l'histoire des conceptions politiques qui ont influencé la création de ces normes.

Le même auteur explique ensuite comment Laband feignant d'ignorer toute l'évolution de l'État allemand avant 1866, évolution qui n'était étrangère ni à l'idée constitutionnelle, ni à la notion du droit de liberté, fut amené à faire une constitution juridique de l'État allemand dans laquelle le régime constitutionnel et les droits de liberté ne trouvent aucune place ou à peu près. « Sa conception quasi-absolutiste, dit Gierke, n'est que la conséquence inévitable et fâcheuse de son dédain pour l'histoire. »

Les conséquences auxquelles elle aboutit montre clairement combien il est dangereux de se fier à la toute-puissance de la logique formelle et d'oublier la vie telle qu'elle s'est développée avec toutes ses exigences et avec toutes ses complexités. Tout cela, il est vrai, sous réserve des influences qu'ont pu exercer sur l'éminent professeur des idées tout autres que scientifiques, auquel cas ses constructions juridiques ne seraient pas les conséquences inévitables de l'exagération dans la méthode, mais les effets voulus de ses préférences politiques (1).

(1) V. là-dessus Stoerk, *Zur Methodik des öffentlichen Rechts*, dans Grünhut's *Zeitschrift für das Privat und öff. Recht der Gegenwart*, 1883, t. XII, p. 414 et suiv. ; aussi Gierke, op. cit. p. 9.

CHAPITRE III

LE FONDEMENT PHILOSOPHIQUE DES DROITS SUBJECTIFS PUBLICS

I

Le fondement philosophique des droits subjectifs publics est lié étroitement avec la notion que l'on se fait du rapport entre les sociétés et l'individu. Or, il est dans la tradition de beaucoup de philosophes et de sociologues de vouloir expliquer ce rapport par un postulat unique. Les doctrines simplistes ont, en effet, plus d'attrait pour les hommes que les doctrines complexes, et répondent mieux aux tendances monistes de l'esprit humain.

Pourtant, force nous est d'avouer que la vie réelle est complexe. Il faut donc l'expliquer non pas en la réduisant aux unités abstraites, mais par de véritables synthèses pratiques.

Les principales théories monistes, concernant le rapport entre l'individu et l'État, peuvent être rangées en deux

groupes : à savoir les théories individualistes ou atomistiques, et les théories organiques ou collectivistes. Les premières cherchent le fondement des droits publics dans l'individu seul, les secondes n'accordent l'existence réelle qu'aux sociétés, nient l'individualité ou ne l'admettant que dans les limites les plus restreintes.

Et les unes et les autres de ces théories pèchent par l'étroitesse de leur point de vue, et les unes et les autres amènent à des résultats pratiquement inadmissibles.

Nous allons jeter un rapide coup d'œil sur ce qu'il y a de plus important dans ces conceptions. Par là, nous préparerons le terrain pour une théorie intermédiaire, qui tiendra compte des deux facteurs réels de la vie sociale, de la société aussi bien que de l'individu. Cette théorie sera aussi, à un certain point de vue, historique, puisqu'elle respectera les résultats de l'évolution historique des sociétés modernes, évolution caractérisée, on l'a vu au chapitre précédent, par un affranchissement de l'individu vis-à-vis de la société et en même temps par le développement grandissant du rôle social des États modernes.

II

C'est la théorie individualiste qui est à la base de la Déclaration des droits de l'homme et de tout le mouvement constitutionnel du ^{xix}^e siècle. Elle est la conséquence

logique de ce point de vue, cher aux philosophes du xviii^e siècle, que l'individu est la seule réalité existante, et que la société est une création complètement artificielle, œuvre des hommes, produit de leur volonté. C'est l'individu qui dans cette théorie crée la société. Car à elle seule, cette dernière ne saurait se transformer, étant donné que tout changement social exige l'intervention de l'individu. C'est l'individu qui est la cause active, la société, au contraire, est l'effet passif.

Pourtant la société ne peut être le produit d'une volonté unique. Elle suppose, pour sa formation, le concours de plusieurs individus. Aussi la théorie mécanique expliquait-elle la formation de la société comme le résultat d'une convention, entre les hommes, d'un contrat social.

Elle admettait en même temps que les individus, avant d'entrer dans la société, vivaient dans un état de nature absolument libre, dans un état d'indépendance parfaite, où ils n'étaient soumis, en ce qui concerne leur responsabilité, qu'à la morale et au droit naturel.

Les conséquences de cette théorie pour la question qui nous intéresse sont faciles à prévoir. Puisque la cause régit l'effet, c'est donc la société qui doit céder devant l'individu, ce sont les fins individuelles qui doivent dominer les fins sociales. C'est donc l'individualisme pur, la liberté réelle, la souveraineté de l'individu, que l'on peut en déduire.

En effet, étant créée par le contrat social, la société ne peut pas avoir d'autres pouvoirs que ceux que les contrac-

tants veulent bien lui céder. D'autre part, la cause qui a déterminé les hommes à conclure le contrat social n'étant, d'après les théoriciens de cette école, que la nécessité de réunir les forces individuelles, trop faibles en état d'isolement, pour combattre les dangers des éléments extérieurs, le pouvoir confié à la société ne pourrait avoir d'autre but que de garantir la société à l'extérieur et l'ordre à l'intérieur. En renonçant à leur absolue liberté naturelle, pour créer, par un contrat unanime, l'État et la souveraineté publique, les hommes devaient donc être considérés comme n'ayant abdiqué que la portion de leur indépendance absolument incompatible avec ces buts de l'État. Ce qu'ils avaient conservé, au contraire, le résidu de leur liberté naturelle, constituait leurs droits supérieurs à ceux de l'État, leurs droits individuels publics.

Pour la théorie mécanique, -le fondement des droits subjectifs publics est, on le voit facilement, la liberté individuelle, la valeur supérieure de l'homme en soi. Leur contenu consiste en un pouvoir de l'individu de se développer librement dans un cercle soustrait à l'influence de l'État. Leur objet est, par conséquent, tout à fait négatif, l'obligation de l'État de s'abstenir de certaines actions au regard de l'individu.

L'influence historique que cette théorie eut et qu'elle a encore est incalculable. L'État moderne dans sa structure et ses institutions en est profondément imprégné. C'est d'elle que dérive l'idée des droits de liberté exprimée de

façon expresse, c'est d'elle aussi que dérive le postulat de l'institution d'un État de droit et la réalisation de ce postulat par des sanctions judiciaires, en particulier la garantie juridique de la sphère des droits publics de l'individu.

Pourtant sous cette forme exclusive elle ne peut pas résister à la critique. En effet sa prémisse fondamentale, qui donne une prépondérance exagérée à l'individu n'est aucunement fondée ni en théorie, ni en pratique.

La société n'est pas et ne peut pas être la création artificielle des hommes.

L'histoire nous montre, même dans les temps les plus reculés, l'existence d'hommes vivant en société ; il n'y a aucune raison de supposer que ce fameux état présocial, naturel, dont les hommes seraient sortis par un contrat social, ait jamais existé. Au contraire, c'est l'état social que l'histoire nous force à reconnaître comme l'état vraiment naturel de l'homme.

D'un autre côté, la psychologie nous enseigne que le développement intellectuel de l'homme est dû surtout à l'influence qu'exerce sur lui le milieu social. Si nous admettons l'existence d'un état présocial, force nous est de reconnaître que les hommes ne s'y développeraient d'aucune façon, leur esprit serait toujours resté si simple qu'il leur aurait été impossible de s'élever jamais aux conceptions générales et abstraites de la société, à des conceptions telles que celles de contrat social, de pouvoir

public, de liberté individuelle, etc. L'homme, de nos jours, est non seulement un membre, mais un produit de la société. Hors de la société nous ne pouvons pas l'imaginer, du moins tel qu'il est actuellement, avec tout ce fond d'idées, produits de la vie sociale et fournis à l'individu par la transmission, l'imitation, par l'établissement des usages et des coutumes (1).

Enfin, la théorie individualiste, tout en réussissant à expliquer les obligations négatives de l'État, s'avère insuffisante quand il faut expliquer ses obligations positives. On a, il est vrai, essayé de trouver dans cette théorie, grâce à une interprétation assez large, le fondement des droits individuels ayant un contenu positif. En effet M. H. Michel affirme, dans son beau livre sur l'État, que la théorie individualiste, bien comprise, ne doit pas être réduite à ce rôle purement négatif et qu'elle peut donner des explications suffisantes sur tous les rapports existant entre l'individu et l'État. Pourtant, il nous semble que les critiques ont parfaitement raison, quand il lui objectent que dans cette nouvelle forme la théorie individualiste ne peut créer pour l'État que des devoirs purement moraux, dénués de toute obligation juridique.

La théorie individualiste, à l'exception de l'idée du con-

(1) Korkounov, *Cours de théorie générale du Droit*, livre III, ch. I. p. 281 et suiv.

trat social, est aussi à la base du système de notre éminent professeur et célèbre publiciste français M. Esmein. Cet auteur se refuse à concevoir les sociétés politiques comme des organisations artificielles, créées par une convention librement débattue entre les individus. Bien au contraire, il les considère comme des formations naturelles et des organisations nécessaires, qui évoluent en vertu de lois partiellement fatales. Jusqu'ici, il est donc adversaire de la théorie mécanique du xviii^e siècle.

Mais, dit-il, cela ne fait point que les sociétés politiques soient des êtres réels et aient des droits propres. Les individus vivants qui les composent, sont au contraire les seuls êtres réels, libres et responsables. En droit et en raison, c'est uniquement dans leur intérêt que fonctionne la société politique. Le fondement des droits publics, conclut M. Esmein, doit être cherché là. Il n'y a que les individus qui puissent posséder le sentiment de la responsabilité morale et diriger librement leurs actes. Leur premier droit est donc de pouvoir librement développer leurs facultés propres et le meilleur moyen pour assurer ce développement, c'est de permettre à l'individu de les diriger lui-même, spontanément, à sa guise, à ses risques et périls. C'est pour cela, remarque M. Esmein, que les droits individuels publics sont des libertés que la société doit respecter, si elle ne veut pas manquer à sa mission essentielle et perdre sa principale et première raison

d'être (1). Comme on le voit, malgré l'abandon de l'idée de contrat social, le système de M. Esmein est basé sur un fondement purement individualiste.

Même dans cette forme spéciale, la construction purement individualiste des droits publics est difficilement admissible. L'erreur qui est à la base de cette théorie, c'est de croire d'abord que le droit individuel pouvait se justifier uniquement par la valeur de l'un des termes du rapport juridique de l'individu et ensuite qu'il peut naître d'un principe unilatéral, pendant qu'il ne se réalise que dans un ensemble social et comme le dit M. Hauriou, dans un équilibre pratique. Au surplus, la conception individualiste, prenant l'individu pour le seul sujet et la source unique du droit, est amenée logiquement à nier la société et le droit social, ou du moins à ne savoir comment retrouver ce dernier et à risquer les constructions les plus hasardeuses pour lui constituer une base, témoin l'hypothèse du contrat social de Rousseau (2).

III

Nées pour réagir contre ces exagérations individualistes, les théories organiques et sociales ont poussé leur cri-

(1) Esmein, *Éléments de Droit Constitutionnel français et comparé*, 5^e éd., 1909, p. 478-481.

(2) Hauriou, *Principes de droit public*, p. 543.

tique jusqu'à nier l'individu et son droit. Leur base fondamentale, admissible en principe, c'est la négation de toute doctrine qui prétend que les formations sociales sont des agrégats dont la nature s'expliquerait exclusivement par les éléments primaires en lesquels ces agrégats peuvent se décomposer : les individus. Dès lors, elles ont encore un point commun : c'est la conception qu'elles se font de la société elle-même comme d'une unité primaire ; les individus ne sont que les membres de ce corps primitif et ne peuvent être expliqués que par la nature du corps dont ils font partie.

Exacte dans ses grandes lignes, la conception organique est pourtant inadmissible chez les théoriciens qui ont poussé le fétichisme de la société jusqu'à la considérer comme le seul organisme réel et jusqu'à dissoudre l'individu dans l'État et la conscience individuelle dans la conscience collective. Si la théorie individualiste ne peut pas concevoir et expliquer le droit social, la conception organique à son tour est amenée à nier le droit individuel comme le fait Auguste Comte, ou du moins à ne savoir comment le retrouver et le justifier, témoin le système contradictoire, demi-organique, demi-individualiste de Herbert Spencer (1).

Le courant anti-individualiste s'est manifesté au lendemain de la Révolution française, avant même que la victoire

(1) V. H. Michel, *op. cit.* p. 462 et suiv.

des principes individualistes ne fût encore définitivement établie. Les théocrates en France et l'école historique de Savigny en Allemagne, avait déjà réduit considérablement le rôle de l'individu dans la création des institutions sociales en mettant à la place de la volonté et de la raison individuelle, l'influence des facteurs extérieurs : d'un esprit national ou de Dieu.

« Les philosophes, dit Bonald, ont fait la philosophie de l'homme individuel, *du moi*. J'ai voulu faire la philosophie de l'homme social, *du nous*, si je peux ainsi parler (1). »
 « Or, continue-t-il, l'homme n'existe que pour la société ; la société ne le forme que pour elle (2). » Par conséquent, dans la société il n'y a pas des droits, il n'a que des devoirs. Le droit en politique n'exprime rien de juste et a été funeste (3). »

Mais c'est surtout Auguste Comte qui a, en théorie, apporté les coups les plus rudes à la conception individualiste de la société, à la conception du droit individuel.

Pour Comte, la réalité par excellence, la seule réalité est la société. L'individualité, au contraire, n'existe pas. Essayez, dit-il, de saisir l'individualité : elle échappe à vos

(1) Bonald. « Introduction à la démonstration du principe constitutif des sociétés » (*Œuvres*, t. XII. p. 65).

(2) Théorie du pouvoir, Préface (*Œuvres*, t. XIII. p. 3).

(3) Discours préliminaires à la législation positive (*Œuvres*, t. II, p. 117.

prises. Qu'est-ce que l'individualité? On n'en sait rien, ou plutôt on sait que l'humanité seule est réelle. L'homme individuel n'est qu'une abstraction (*Cours de philosophie positive*, t. VI, p. 590).

Il est facile de prévoir les conséquences de ces prémisses de Comte. Puisque la société est la seule réalité existante, les institutions qui sont faites pour l'individu, telles que la souveraineté du peuple, et les notions nées de la conception individualiste, telles que l'idée du droit, doivent disparaître. C'est cette dernière qui nous intéresse spécialement. C'est un mot qui, d'après Comte, doit être écarté du vrai langage politique, autant que le mot cause du vrai langage philosophique. « De ces deux notions théologico-métaphysiques, l'une, celle de droit, est désormais immorale et anarchique comme l'autre celle de cause, est irrationnelle et sophistique. Il ne peut exister de droit véritable qu'autant que les pouvoirs réguliers émanent de la volonté surnaturelle. Pour lutter contre ces autorités théocratiques, la métaphysique des cinq derniers siècles introduisit de prétendus droits humains qui ne comportèrent qu'un office négatif. Quand on a tenté de leur donner une destination vraiment organique, ils ont bientôt manifesté leur nature anti-sociale en tendant toujours à consacrer l'individualité. Dans l'état positif qui n'admet pas de titre céleste, l'idée de droit disparaît irrévocablement. Chacun a des devoirs et envers tous, mais personne n'a aucun droit proprement dit... En

d'autres termes, nul ne possède plus d'autres droits que celui de toujours faire son devoir (1). »

Le système de Comte influence en droite ligne un sociologue et juriste français, que nous avons déjà rencontré dans la question des méthodes, M. Duguit. Lui aussi, estime que la notion du droit individuel est une notion d'ordre métaphysique et qu'elle ne doit point avoir place dans l'organisation positive des sociétés humaines. Il va même plus loin en déclarant que ce souhait de cœur a déjà obtenu un commencement de réalisation dans les sociétés modernes. « Je crois, dit-il, qu'aujourd'hui est en train de se constituer une société d'où la conception métaphysique de droit subjectif est exclue pour faire place à la notion de droit objectif, impliquant pour chacun l'obligation sociale de remplir une certaine mission et le pouvoir de faire les actes qu'exige l'accomplissement de cette mission (2). »

La conception organique a pour base l'idée d'un déterminisme social rigoureux. Elle attribue aux phénomènes éthico-sociaux la nécessité mécanique et aux lois sociologiques la rigueur et la rigidité, qui caractérisent proprement les phénomènes naturels. C'est pourquoi, d'après elle, l'individu, fût-il dans les meilleures conditions, est,

(1) A. Comte, *Discours préliminaire du système de politique positive*, t. I, p. 361, cité par H. Michel, *op. cit.*, p. 441.

(2) Duguit, *Le droit social et le droit individuel*, p. 4.

en principe, incapable de modifier, soit la réalité, soit les lois sociales. La conception organique conçoit l'initiative individuelle comme nulle, son autonomie comme illusoire, sa liberté comme une erreur.

En effet, disent les partisans de cette théorie, la société précède l'individu, l'enveloppe de son inextricable réseau d'où il ne sort plus. Elle le forme et le transforme, lui imprime son caractère et son intelligence, le produit elle-même. Les rapports qui lient l'individu à la société seraient donc des rapports de cause à effet, dans lesquels l'individu serait l'effet, à peu près passif, sans liberté, sans initiative, sans autonomie.

Nous voici donc en présence de la question redoutable de la liberté et du déterminisme. Il est certain que la discussion de cette question n'a fourni jusqu'à maintenant aucun argument sûr et définitif en faveur de l'une quelconque de ces deux théories. Aujourd'hui comme auparavant, ce sera toujours par des considérations de sentiments et de croyances que l'on pourra, en dernier lieu, prendre partie dans ce débat philosophique. Mais sans vouloir pénétrer jusqu'au fond même de la question, ne pourra-t-on pas, en étudiant la réalité sociale, trouver des arguments assez convaincants contre les affirmations absolues de la conception organique. Il semble, en effet, que rien ne démente les résultats et les postulats de cette conception, d'une manière plus radicale et plus frappante que la réalité sociale elle-même. Y a-t-il un mouvement

social plus défini et d'une portée plus considérable que le mouvement démocratique? N'est-il pas cependant une manifestation de l'*autonomie* et de l'*initiative individuelle*.

L'individu, dans les sociétés progressives, affirme son rôle décisif en créant des lois qui doivent le régir; tandis que, dans la sociologie on lui dénie ce rôle. Il met autant d'énergie à revendiquer ce qu'il exige de la société, qu'en apporte à contester l'efficacité de son effort le dogmatisme de cette sociologie, qui se dit positive et fidèle à la réalité des faits (1).

Que dit l'expérience de tous les jours? C'est qu'aucun fait social, important ou non, ne s'accomplit autrement que par les efforts d'un individu qui en conçoit la possibilité et en poursuit la réalisation.

Cet exemple prouve jusqu'à l'évidence que l'individu joue un rôle actif dans la détermination sociale et qu'il n'est pas l'instrument aveugle, l'esclave de la société, qui le dépasserait de beaucoup. L'individu a bien la possibilité de se confondre avec la société, au point que sa volonté et la nécessité de la société ne forment qu'un. La nécessité objective en matière sociale est une simple illusion théorique si elle n'est pas supportée par un effort individuel; la société même reste une entité inconcevable et inerte si elle n'est pas représentée par l'individu. La nécessité

(1) Draghicesco, *Du rôle de l'individu dans le déterminisme social*, p. 15.

historique des transformations sociales n'exclut pas l'effort et l'initiative de l'individu, elle est conditionnée par cela-même. Pour que cette nécessité historique de l'évolution sociale s'accomplisse, elle a besoin précisément des efforts de l'individu, si bien, que si les nécessités historiques et sociales sont une condition pour que les efforts individuels soient efficaces, encore ne faut-il pas oublier que ces efforts individuels sont une condition de réalisation pour la nécessité sociale (1).

En un mot, c'est un fait acquis que l'homme en société n'est pas un poids mort entraîné, jouet des forces fatales irrésistibles. Il a un rôle effectif dans le développement social, encore qu'il ne crée pas, mais serve le mouvement social. C'est justement parce qu'il refléchit la société qu'il en peut fléchir son déterminisme et parfois infléchir son mouvement selon sa volonté propre, fonctionnant efficacement, utilement dans le milieu social où il s'insère comme facteur (2).

C'est pourquoi à la doctrine anti-individualiste des positivistes nous préférons une doctrine intermédiaire qui tiendra compte de ce rôle autonome et de ce pouvoir efficace de l'individu. Si l'on ne veut pas tomber dans les erreurs d'un déterminisme social rigoureux, si l'on veut éviter la confusion fâcheuse entre les phénomènes de la conscience individuelle et ceux de la nature extérieure,

(1) Draghicesco, *loc. cit.*

(2) *Ibid.*, *op. cit.*, p. 340.

on est forcé d'admettre en face de la réalité sociale une autre réalité, celle de l'individu, et en face du pouvoir social l'existence du pouvoir individuel. Car de même que l'individu ne se conçoit pas sans la société, de même la société ne se conçoit pas sans l'individu ; l'individu est un fait primaire, au même degré que la société, tous les deux sont donnés à la fois par l'histoire.

Il suffit donc de savoir qu'il y a en présence un pouvoir propre de l'individu et un pouvoir propre de la société.

Le déterminisme social est exprimé dans ce pouvoir de la société sur l'individu dans le droit de domination de l'État, la liberté des individus dans leur pouvoir envers la société, dans leurs droits subjectifs publics. Ainsi donc, au lieu de se combattre, les deux théories individualiste et déterministe, se reconcilient dans une synthèse pratique, laquelle, on le voit, a un intérêt particulier pour le fondement des droits individuels publics aussi bien que des droits de l'État.

La transformation de ces pouvoirs en droits se justifie également par la nature des fonctions et des buts qu'ont à remplir l'individu et l'État.

Les droits de l'État se définissent comme des pouvoirs de domination et de contrainte, comme une autorité, parce que la fonction de protection et de garantie qu'il exerce dans l'intérêt de l'individu l'exigent. De nos jours, quand un droit nouveau est reconnu à l'État, que ce soit un droit de conscription militaire ou un droit d'inspection sur le

travail, c'est toujours dans un intérêt supérieur de défense, de garantie ou de police, et il en a été ainsi dans le passé.

L'individu, de son côté, a à remplir une fonction d'initiative, d'entreprise et de risques. Il aura donc des droits qui prendront la forme de libertés, parce qu'ils seront tous, de près ou de loin, des modalités de la liberté d'entreprise. Comme le dit excellemment M. Hauriou, les sociétés humaines, à mesure qu'elles se sont organisées, ont eu à compter avec les fatalités du hasard, c'est-à-dire avec les heurts qui devaient nécessairement se produire entre l'organisation sociale et le monde extérieur. L'une des particularités les plus heureuses du régime d'État réside dans l'attitude qu'il a prise dans cette question. Il laisse aux individus les risques, il laisse se répartir entre eux les conséquences fâcheuses des accidents, évitant ainsi d'en être ébranlé, ce qui arriverait à l'organisation collectiviste qui, centralisant toutes les entreprises, centraliserait toutes les risques. En revanche, et par application de ce principe de justice que celui qui souffre des mauvaises chances doit bénéficier des bonnes, il reconnaît à l'individu le droit de s'approprier les inventions, les découvertes, les bénéfices naturels, aussi bien que les résultats de son travail, de ses spéculations et de ses entreprises. C'est donc pratiquement de l'idée du risque que se déduit toute la matière du droit individuel (1).

(1) Hauriou, *Principes de droit public*, p. 343-347.

Même les droits, qui, au premier abord, paraissent être tout à fait étrangers à cette notion de risque et de liberté, ne sont, en réalité, que des modalités ou des compléments de cette notion. C'est le cas des droits individuels à l'activité positive de l'État, à l'emploi des services publics, en un mot des droits de profiter de l'activité civilisatrice de l'État. Car la liberté est une capacité d'activité humaine non seulement non empêchée par l'État, mais encore favorisée par lui. Or, la mesure de l'activité possible de l'individu s'accroît sans cesse et rapidement avec le développement du rôle social de l'État. La civilisation croissante entraîne avec elle une augmentation de la possibilité d'action de l'individu. Les chemins de fer et les bateaux à vapeur ont augmenté la liberté de mouvement de l'individu d'un lieu à un autre, d'une façon que l'on n'aurait jamais soupçonnée auparavant. Les puissants moyens d'éducation que l'État offre à l'individu pour s'en servir librement, ont contribué à fonder ou à augmenter la science et la puissance d'une foule de gens (1).

* *

A cette conception de rapport entre l'individu et l'État doit correspondre une notion spéciale de la nature sociale de l'État. Cette notion doit expliquer l'unité de l'État dans

(1) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, trad. franç., p. 396.

la pluralité de ses membres, et la situation particulière de ces derniers envers la collectivité, situation comportant la liberté aussi bien que la dépendance sociale.

A ce point de vue, il faut se représenter les hommes en société étatique comme une « unio », c'est-à-dire comme formant une synthèse de plusieurs en une unité. Cette unité comment se forme-t-elle? Grâce à une organisation stable et aux buts durables de tous les associés. L'État constitue une unité distincte des éléments qui la composent et cependant il ne saurait exister que par la multitude et dans la multitude des individus. L'unité de l'État consiste uniquement dans ce fait : une multitude des hommes est en communion spirituelle en vue d'un but commun et cette communion spirituelle, qui, au fond, n'est que l'expression d'une même volonté des associés, prend corps grâce à la puissance de volonté des organes qui dirigent et des membres qui se soumettent à cette volonté. En un mot, l'État au point de vue social, est une unité collective d'association (1).

(1) Jellinek, p. 452-455. Aussi Haenel cité par Jellinek, p. 453-454.

CHAPITRE IV

LE FONDEMENT JURIDIQUE DES DROITS SUBJECTIFS PUBLICS

Nous avons dit au chapitre premier que l'introduction de la méthode juridique dans le droit public, c'est-à-dire, le traitement juridique des rapports de la vie publique comme des rapports de droit, a nécessité en premier lieu la conception de l'État comme sujet de droit. La conception juridique du rapport existant entre l'individu et l'État exige donc au préalable, la conception juridique de l'État lui-même. Pourquoi est-il nécessaire que cette conception juridique de l'État soit justement celle du sujet de droit ? Voici pourquoi. Concevoir juridiquement un fait, veut dire faire entrer ce fait dans une des catégories dont dispose la méthode juridique actuelle. Or cette méthode, d'après sa nature même, ne dispose que de trois notions pour la conception juridique de l'État ; ce sont la notion du sujet de droit, la notion du rapport de droit et enfin la notion de

l'objet de droit (1). Il est impossible d'appliquer à l'État ces deux dernières notions. En effet, considérer l'État comme un objet est une chose logiquement impossible, car tout objet juridique présuppose un sujet, et ce sujet n'est pas autre chose que les hommes dirigeant l'État. En se basant donc sur cette notion, la reconnaissance des sujets par l'État comme sujets juridiques ne peut être que le résultat d'un sophisme. Car si le peuple, et par conséquent chacun des membres qui le composent sont pour l'État des objets, ils ne peuvent pas être en même temps à ses yeux des sujets (2). Nous voyons donc que cette notion nous amènerait logiquement à nier les droits subjectifs publics des citoyens.

Il est également impossible de concevoir l'État comme un rapport de droit. Cette théorie ne réussit pas à expliquer l'unité de l'État qui demeure permanent à travers le changement des personnes, entre lesquelles se nouent ces rapports de droit. L'État en effet ne nous offre pas un seul, mais des milliers de rapports de domination : autant de sujets, autant de rapports de domination. Chaque dominateur nouveau constitue un nouveau membre dans la série des rapports. Toute transformation dans la forme de domination devrait donc détruire l'État et le remplacer par un nouvel État (3).

(1) Jellinek, *op. cit.*, p. 155 et suiv.

(2) Jellinek, *op. cit.*, p. 157 et suiv.

(3) *Ibid.*, p. 160 et suiv.

Seule donc l'idée de la personnalité nous donne une explication juridique suffisante de l'État, c'est elle qui conçoit l'État comme un sujet, comme une personne juridique. La personnalité c'est la capacité de posséder les droits et les obligations. La capacité juridique présuppose toujours l'homme, étant donné que tout droit est une relation entre des hommes. Mais la logique ne réclame nullement que cette qualité soit attribuée à un seul individu et que par contre toute tentative pour personnifier une communauté d'individus ou une collectivité doive être regardée comme relevant du domaine de la fiction. Au contraire la personnalité juridique de l'État est attribuée à l'être collectif, que nous avons décrit au chapitre précédent, à l'unité collective d'association (1).

L'État est donc une personnalité morale. Nous avons deux sortes de personnalités morales : la corporation et la fondation. Laquelle de ces deux notions peut s'appliquer à l'État moderne ? La fondation comme la corporation a pour substratum réel un groupement humain ; pour elle ce groupement est celui des destinataires, c'est-à-dire de ceux aux besoins desquels la fondation est destinée à pourvoir. C'est en eux que réside le premier et le principal caractère de droit subjectif, qui est l'intérêt protégé par le droit. Quant au second élément, c'est-à-dire la volonté nécessaire à l'exercice du droit, il ne réside plus ici dans

(1) Jellinek, *op. cit.* p. 162 et suiv.

le groupe des intéressés, mais dans l'organisation créée à l'effet d'administrer la fondation ; et cette volonté n'est pas absolument libre, elle est dirigée dans un sens déterminé par la volonté du fondateur. La différence entre la fondation et la corporation est donc la suivante : dans la corporation, l'élément intérêt et l'élément volonté se trouvent réunis : c'est le groupe même des intéressés qui forme l'organisation destinée à dégager la volonté collective du groupe ; dans la fondation, au contraire, les deux éléments sont séparés, il sont reliés l'un à l'autre par une volonté extérieure du groupe lui-même, celle du fondateur (1).

L'Etat moderne ne peut être identifié à la fondation. Cette notion ne peut être appliquée qu'à l'Etat soumis au régime du pouvoir absolu, dans lequel le souverain apparaît comme incarnant l'Etat dans sa personne et en lui imposant pour volonté sa volonté propre. L'Etat moderne, organisé démocratiquement, présente, au contraire, tous les éléments d'une corporation. La volonté qui gouverne ne lui vient pas du dehors, mais elle se crée à l'intérieur de ce groupement humain (2). Par là la position du peuple dans l'Etat moderne, et partant la position des individus qui le composent est double. D'abord le peuple est l'objet sur lequel s'exerce la puissance publique. Dans cette posi-

(1) Michoud, *op. cit.* t. I, 183-186.

(2) Michoud, *op. cit.* t. I, p. 298.

tion il n'est pas à proprement parler l'élément de la personne collective de l'Etat. Les individus dont il est composé ne le sont pas non plus. Mais étant donné la nature corporative de l'Etat, le peuple y occupe une seconde position : il est l'élément constitutif de la volonté de l'Etat en tant que le sujet de la puissance publique. L'individu en tant que partie du peuple dans cette seconde position est lui aussi membre, partie de l'Etat. C'est là ce que Jellinek appelle « la qualité d'être membre de la collectivité étatique. »

En tant qu'appartenant au peuple-objet de la puissance publique, les particuliers sont des simples *subjecti*, en tant que membres du peuple, sujets de la puissance publique, ils sont les sujets de droits. Partant, appartenir à l'Etat moderne veut dire posséder une sphère des droits envers l'Etat même, une sphère des droits subjectifs publics (1).

Ces droits sont différents des droits subjectifs privés : alors que ces derniers supposent des rapports entre des personnes égales entre elles : les particuliers, les droits publics supposent des rapports entre une personne supérieure : l'Etat, et les personnes inférieures, sujets de l'Etat. Ils apparaissent comme des pouvoirs juridiques sur l'exercice de la personne publique.

Est-il possible de concevoir juridiquement semblables droits ? On a essayé de le nier et cela à cause d'une qualité

(1) Jellinek, *op. cit.*, p. 393-396. Rousseau, *Contrat social*.

spéciale de l'État, du fait qu'elle possède la puissance publique, la souveraineté.

Bruno Schmidt, dans son livre sur l'État, part de cette conception, que le droit étatique est postérieur à l'État, qu'il est un produit de sa volonté, son œuvre propre. Or étant l'œuvre de la volonté étatique, il ne peut pas s'imposer à cette volonté, avec la force d'une obligation juridique. L'individu et l'État, dit-il, ne se trouve point dans un rapport de droit, puisque les normes juridiques ne possèdent aucune force obligatoire vis-à-vis de l'État (1).

L'État est, ajoute cet auteur, un sur-homme de Nietzsche pour lequel les impératifs du droit et de la morale sont sans valeur (2).

Cette toute puissance de l'État empêche que le rapport où il se trouve avec l'individu soit un rapport de droit. De là provient l'impossibilité d'existence des droits individuels contre l'État, puissance publique.

C'est aussi l'opinion de Bornhak (3). Les droits subjectifs publics, dit-il, sont logiquement inconcevables. De pareils droits ne peuvent exister que si les deux facteurs, l'individu et l'État, sont soumis à une organisation juridique supérieure. C'est pourtant impossible. L'État comme créateur de l'organisation juridique est au-dessus du droit. Le sujet

(1) Br. Schmit, *Der Staat*, p. 82.

(2) Br. Schmidt, *Der Staat*, p. 78-84.

(3) Bornhak, *Das preussische Staatsrecht*, I, p. 268 et s.

ne peut donc faire valoir aucun droit contre l'État, si celui-ci ne veut pas le reconnaître. Du reste, ajoute-t-il, à supposer que l'on puisse concevoir un droit pareil, l'État est toujours à même de l'annuler par sa législation. Aucune puissance au monde ne pourrait l'empêcher de le faire. Or, s'il dépend de la volonté d'une seule partie de laisser subsister ou de faire disparaître une prétention juridique, cette prétention n'est pas un droit subjectif. Entre les deux parties il n'existe aucun rapport de droit, et du moment qu'il n'y a pas de rapport de droit, il n'y a pas de droit subjectif.

Ces opinions, comme dit M. Jellinek, se trouvent, avec des nuances insignifiantes, à la base de toutes les théories qui nient l'existence des droits subjectifs publics (1). Elles se résument tout court de la façon suivante : L'État, créateur du droit, étant le plus fort, ne peut être obligé par personne, ni vis-à-vis de personne, il possède des pouvoirs, il n'a pas de devoirs juridiques, qui puissent faire l'objet d'un droit subjectif des individus. Seulement, cette négation des droits publics subjectifs a, ainsi formulée, des conséquences beaucoup plus graves, dont les auteurs ne semblent pas se rendre suffisamment compte. Tâchons donc de dégager ces conséquences.

Si l'État possède la toute puissance sur le terrain du droit, il faut bien aussi lui consentir le pouvoir juridique

(1) Jellinek, *System*, p. 10.

d'abolir son organisation juridique, d'instituer l'anarchie, de rendre par conséquent impossible son existence propre (1).

Ensuite, d'après la théorie négative, le droit n'exercerait sa fonction essentielle qu'envers le citoyen, en l'obligeant et point envers l'État, puisqu'il est sans force devant ce dernier. Le droit n'est donc pas le droit à l'égard de celui qui est le support et le sujet de l'organisation juridique. Il suffit donc, dit Jellinek (2), de l'envisager de la hauteur où la théorie négative a placé l'État, pour que le droit devienne un non-droit, un néant.

Empressons-nous d'ajouter une autre conséquence de même nature. Tout droit aussi bien public que privé consiste en rapport entre deux sujets. Si dans le rapport entre les individus et l'État, ce dernier seul possédait des droits, sans avoir des devoirs, le droit public serait une organisation juridique où tous les droits seraient pour l'un et tous les devoirs pour l'autre (3).

Pourtant une organisation juridique qui accorde des droits à une seule personne est un non-sens. C'est seulement dans le rapport entre l'esclave et le maître que pareille chose aurait pu se voir, mais ce rapport n'était point un rapport de droit. La première conséquence de la

(1) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 462-463.

(2) *Ibid.*, p. 358.

(3) Jellinek, *System.*, p. 10 et suiv.

négarion des droits subjectifs publics serait donc la négation de tout droit public en général.

Mais les droits privés dépendent étroitement de l'existence d'une organisation juridique publique, c'est elle qui les garantit, qui leur permet de s'affirmer au besoin. On exprime cette dépendance en disant que tout le droit (privé et public) est *juris publici*. Nier le droit public revient donc nécessairement à nier le droit privé.

Enfin, si l'État n'est pas une personnalité juridique ayant des droits et des devoirs à l'intérieur, il ne l'est pas davantage à l'extérieur, dans ses relations avec les autres États. Ici, comme là, il n'est pas un sujet de droit, il est un sujet de force. Comment alors concevoir le droit international public ?

Entrons dans d'autres détails. Si l'individu ne peut faire valoir contre l'État les droits publics, il n'y a aucune raison pour qu'il puisse prétendre avoir contre lui des droits privés.

Les droits privés, que les sujets ont sur l'État, considéré comme personne privée, seraient donc de pures illusions. Et c'est du reste l'opinion nettement exprimée par M. Schmidt. « Même dans ce domaine, dit-il, l'État est complètement libre, il n'est point obligé juridiquement. Les normes générales du droit privé ne sont pour lui valables qu'en partie, et dans les limites qu'il veut. Il peut se libérer de ces obligations en supprimant les droits subjectifs des particuliers, droits qui dépendent du droit

objectif lequel à son tour dépend de l'État (1). Une question se pose : après tout cela existe-t-il un droit quelconque en général? Il serait difficile de l'affirmer si l'on accepte les idées de M. Schmidt.

Ce ne sont pas seulement ces conséquences logiques désastreuses, qui nous empêchent de souscrire aux théories décevantes de MM. Schmidt et Bornhak : l'observation des faits et de la réalité sont aussi contre les théories de ces auteurs. Le coup d'œil le plus superficiel nous montre quotidiennement l'État obligé et forcé de respecter le droit ; on le traduit devant les tribunaux, on le juge, on le condamne non seulement pour les actes privés, mais aussi pour les actes de la vie publique. En tant qu'il est chargé d'exécuter les lois, l'État est loin d'être libre et sa puissance illimitée. Mais il ne faut pas croire, qu'en tant que législateur, l'État soit tout puissant, comme nous le verrons plus tard.

Contentons-nous pour le moment de constater que les théories négatives sont non seulement décevantes et pessimistes, mais ce qui est aussi grave, en pleine contradiction avec la réalité.

Ainsi, tout en admettant que le droit positif est la manifestation de la volonté de l'État, les publicistes, partisans des droits subjectifs publics, soumettent l'État à la force obligatoire du droit. Est-ce possible et comment

(1) *Op. cit.*

expliquer ce phénomène ? Nos auteurs répondent diversement à cette question.

II

Certains auteurs font une distinction entre l'État législateur et l'État administrateur. Dans leur théorie c'est seulement l'État administrateur qui est lié par le droit.

La volonté de l'État apparaît sous deux formes, dit Otto Mayer (1) : la forme propre au pouvoir législatif et la forme propre au pouvoir exécutif. Le pouvoir législatif garde la *souveraineté absolue*, le pouvoir exécutif est là pour représenter le côté de l'État par lequel il peut être lié.

« Tout d'abord le pouvoir exécutif doit obéir, comme la justice, à toute règle de droit, quelle que soit la source où elle prend son origine. De plus le pouvoir exécutif est d'après le modèle de la justice, lié par le droit individuel, qu'il rencontre, en particulier par celui qui appartient au droit public. »

« Il va de soi, conclut M. O. Mayer, que le pouvoir exécutif soit lié de cette manière. Pourquoi cela va-t-il de soi ? »

Thon, qui en 1878 admettait la même limitation de l'État, à propos de la même question des droits subjectifs

(1) *Le droit administratif allemand*, trad. franç., t. I, p. 48 et s.

publics, affirmait que l'État s'oblige ici par une décision libre, en déclarant vouloir adopter dans l'avenir une certaine manière d'agir, de respecter les règles qui concernent sa fonction (1).

O. Mayer n'est pas content de cette explication. « L'État serait alors libre, dit-il, de ne pas choisir cette fonction. » C'est pourquoi il cherche un autre principe d'explication de l'obligation juridique de l'État. Il le trouve dans la théorie de la séparation des pouvoirs.

La séparation des pouvoirs a pour but d'obliger juridiquement l'État administrateur, tout en laissant libre et souverain l'État législateur. C'est une idée semblable à celle qui inspirait l'ancienne conception du fisc ; seulement à la place d'une fiction artificielle de deux personnes morales, on met ici, dit O. Mayer, un organisme ingénieux de la personne de l'État-un.

Aussitôt que le pouvoir exécutif est établi à l'état distinct, ce principe est également établi, comme allant de soi ; c'est pour lui une qualité avec laquelle il est né. Les détails mêmes de cette qualité sont donnés. De même que les constitutions n'ont pas besoin d'être explicites pour attribuer à la loi sa force spéciale, l'idée générale de la souveraineté y suppléant, de même il n'est pas nécessaire d'indiquer les différentes manières dont le pouvoir exécutif est susceptible d'être lié juridiquement, le modèle de jus-

(1) Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*.

tice le détermine d'une manière suffisante et immuable (1).

Stengel affirme de son côté que pour concevoir les droits subjectifs publics il n'est pas nécessaire de concevoir l'État tout entier lié par son droit. « En tant que législateur, dit-il, il n'a pas de limites juridiques. La limitation ne touche que le pouvoir administratif (2). »

« Quand nous déclarons l'État obligé par le droit, écrit M. Tezner, nous faisons une distinction entre ses deux fonctions : législative et exécutive. Nous divisons la personnalité de l'État en deux : d'un côté l'État législateur, de l'autre côté l'État administrateur, et nous opposons ces deux parties l'une à l'autre comme des personnalités indépendantes.

« Et quand nous disons que l'État administrateur est obligé par l'État législateur, nous ne faisons que traduire en formule juridique, un état de chose réellement existant, un résultat de l'évolution historique de l'État moderne. Il se manifeste dans les garanties que l'on a prises contre l'arbitraire de l'organe suprême en le forçant d'agir d'après les règles qu'il ne peut tout seul ni créer ni annuler. »

On a reproché à cette théorie de détruire l'unité du concept de l'État. « L'État étant une unité, dit Br. Schmidt, est limité ou tout entier ou pas du tout. »

(1) O. Mayer, *op. cit.*, p. 99 et suiv.

(2) Wörterbuch, p. 179 ; § 3.

Tezner a répondu que cette séparation des fonctions n'est qu'un procédé mental (*begrifflich*), une fiction, pour concevoir juridiquement certains phénomènes qui ne sont pas de la nature juridique et que sa théorie, étant simple fiction laisse intacte l'unité de l'État (1).

La réponse de Tezner n'est pas satisfaisante. Il est à peine nécessaire de faire remarquer que les théories juridiques, tout abstraites qu'elles soient, ne peuvent pas défigurer la réalité. Si l'État est un, on ne peut pas le présenter juridiquement comme séparé en plusieurs États spéciaux.

Toute idée juridique, du reste, doit tout d'abord considérer comme unités tous les faits juridiques qu'elle a à classer, étant donné que les concepts juridiques ne sont autre chose que la *forme synthétique* de ces faits. La propriété, le cautionnement, l'obligation, sont des unités de conception; elles ne nous sont acquises que comme une abstraction des rapports juridiques donnés; de ces unités de conception doivent à leur tour se déduire comme conséquence logique tous les faits juridiques constituant ces mêmes unités. Dès lors il faudrait considérer comme *criterium de la véritable théorie* de l'État que celle-ci soit capable d'établir *l'unité de l'État*.

(1) Tezner, *System der subjektiven, öffentlichen Rechts*, dans *Grünhuts Zeitschrift*, t. XXI, *passim*, p. 163-164.

III

Jellinek insiste sur l'unité du concept de l'État. L'État est une unité, dit-il, et chaque limitation d'un de ses pouvoirs est un processus qui concerne immédiatement la puissance publique tout entière (1).

Est-il possible de concevoir l'État tout entier lié par son droit? Oui, répond M. Jellinek, et il donne des raisons pour justifier sa réponse, raisons d'ordre social et psychologique, aussi bien que d'ordre juridique.

Voyons d'abord les premières. Le droit, dit Jellinek, comme tous les phénomènes sociaux consiste en rapports entre les individus, donc en relations psychologiques. Il est une partie des représentations humaines, existant comme toutes les représentations dans la conscience. C'est donc un phénomène purement subjectif et psychologique.

En même temps son fondement est également subjectif. Il consiste en normes pour la conduite extérieure des hommes, émanant d'une autorité extérieure et ayant sa puissance obligatoire garantie par des forces extérieures. Un des signes caractéristiques des normes est qu'elles sont valables, c'est-à-dire qu'elles ont la capacité de déterminer les volontés humaines. Seulement si l'on va au

(1) *Allgemeine Staatslehre*, p. 464.

fond des choses on constatera que cette détermination n'est pas objective, venant du dehors au dedans. Elle repose au contraire sur une qualité purement subjective des individus : sur notre *conviction* individuelle, que nous sommes obligés de leur obéir, conviction qui, comme tous les sentiments, ne peut être davantage fondée et prouvée par la logique (1).

Étant donné que l'existence et le fondement du droit sont purement subjectifs, il faut considérer comme droit ce que la conscience collective du peuple considère comme tel (2). Dans l'état moderne la croyance à la limitation des pouvoirs de l'État est de plus en plus forte. Elle se manifeste dans la création des normes constitutionnelles limitant et réglementant les manifestations de la volonté étatique, dans la création des droits reconnus et garantis par la constitution que l'Etat ne peut pas changer. Elle est par là le fondement psychologique et social de la limitation étatique.

Quant à la construction juridique de cette limitation,

(1) V. ch. z. Simmel, *Einleitung in die Moralphilosophie* et Wundt, *Logik*, les développements très intéressants sur l'impossibilité de fonder logiquement la morale, aussi bien que le droit.

(2) Il est bien entendu, que l'expression « conscience collective », est comprise dans le sens de la somme de ce que l'on peut appeler les parties collectives des consciences individuelles, et non pas dans le sens d'une âme collective appartenant à un être collectif, ce qui n'est pas une conception scientifique et positive.

voici les éléments dont elle est composée et la forme sous laquelle elle est présentée par M. Jellinek.

Dans la conception de la science moderne la souveraineté n'appartient ni au prince ni au peuple, qui ne constitue que les éléments d'un concept plus général, le concept de l'État. L'État n'agit pas lui-même, il lui manque pour cela la volonté nécessaire. Comme il n'existe que des volontés individuelles, l'État est forcé d'avoir recours à la volonté de certains individus. Les individus qui mettent leur volonté au service de l'État sont les organes de l'État. Mais le fonctionnement des organes est réglementé par les règles fermes, formulées dans les lois. Ces règles limitent et obligent juridiquement les organes. Du même coup l'activité de l'État est limitée et liée puisque l'activité des organes se confond avec l'activité étatique, étant donné que l'État ne peut agir que par l'intermédiaire de ses organes.

Dans la pratique, le pouvoir législatif n'est-il pas également limité ? Il est facile de s'en apercevoir dans les pays où existent des organes différents pour la législation constitutionnelle. Dans ces pays il y a d'abord des garanties qui consistent dans la défense aux législations ordinaires d'empiéter sur le domaine constitutionnel par des lois ordinaires. En même temps dans la plupart des États tout changement constitutionnel est formellement interdit pour un certain laps de temps par la constitution. Dans ces cas là il n'y a pas de possibilité juridique de provoquer l'activité

du législateur constitutionnel pendant le temps déterminé. Encore aujourd'hui il y a un nombre considérable d'États particuliers composant l'union de l'Amérique du Nord, qui empêchent ces changements immédiats dans la constitution et interdisent qu'un projet de pareille modification devienne loi avant plusieurs années. Pendant ce temps il n'existe point une *legibus absoluta potestas* du pouvoir législatif (1).

Cette limitation est juridique et non seulement morale. La limitation n'est pas le résultat de la volonté arbitraire de l'État, mais elle peut être bien conçue comme l'accomplissement d'un devoir.

L'État en créant une loi, s'oblige à la respecter dans ses rapports avec les sujets durant tout le temps où n'intervient aucune modification de la loi. C'est l'idée de Ihering : « Le droit dans le vrai sens du mot, disait-il, est la force bilatéralement obligatoire de la loi, la soumission de l'État à ses propres lois (2). »

Que l'on puisse être obligé par sa volonté propre, cela ne peut être nié que par ceux qui ne peuvent concevoir une obligation que sous forme d'un ordre donné par une autorité supérieure à un subordonné. Pourtant la manifestation la plus haute de la moralité est pour l'homme de se sentir obligé non pas par une norme émanant d'un autre,

(1) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 464, 465.

(2) Ihering, *Zweck im Recht*, p. 358.

mais par sa propre volonté. C'est l'auto-obligation morale. Elle est possible pour l'État aussi bien que pour l'individu, dans le droit aussi bien que dans la morale. D'abord le concept de devoir ne peut être différent dans le droit et la morale. Il est commun aux deux domaines. Ensuite l'existence du droit est purement subjective, identique à celle de la morale.

L'auto-limitation est possible en général (l'auto-limitation morale le prouve); la conscience juridique exige cette limitation dans le rapport du droit et de l'État; étant donné le caractère subjectif du droit, ces deux conditions suffisent pour que l'on puisse concevoir et établir l'auto-limitation juridique de l'État (1).

Cette théorie magistrale de M. Jellinek est fondée sur la notion Kantienne du devoir moral et la conception subjective et psychologique du droit. Elle présente un des essais le plus ingénieux pour expliquer théoriquement la soumission de l'État à son droit. La plupart des critiques qui lui étaient adressées n'étaient justifiées que du point de vue des auteurs qui les ont formulées. Elles cessaient de l'être, dès que l'on se plaçait au point de vue de Jellinek.

Dans cette théorie la puissance publique, la domination n'est pas une simple puissance de fait. Dominer veut dire pouvoir donner des ordres inconditionnés et employer la contrainte pour la réalisation de ces ordres. Cette puis-

(1) *Allgemeine Staatslehre*, pp. 466, 467.

sance publique peut, il est vrai, revêtir dans les époques primitives de la vie sociale le caractère d'une puissance de fait. Mais dans les Etats modernes, et dans les conditions normales, il possède toujours le caractère d'une puissance juridique. Elle n'est que l'exercice d'un droit, du droit subjectif de domination appartenant à l'État.

IV

Ce n'est pas seulement cette limitation provenant du droit élaboré par l'État dans les lois positives qui lie son activité. Comme le droit en général représente une force éthique qui a son dernier fondement dans la conscience collective du peuple, tous les organes même les plus hauts placés et les plus puissants (le parlement, le souverain) sont soumis à son influence. Il est certain, dit M. Michoud, que la limitation provenant de la conscience collective de la société s'applique à l'organe législatif qui est le plus élevé des organes de l'État. Cet organe, le roi, le parlement, ou même le peuple dans ses comices n'est jamais toute la personne morale pour laquelle il légifère, mais seulement son organe ; le droit qu'il exerce est le droit qui appartient à la collectivité-nation d'élaborer d'abord les

(1) Michoud, *De la personnalité morale*, p. 37.

règles de sa constitution intérieure, ensuite les règles régissant les relations réciproques de ses membres, en vue de maintenir entre eux le premier des biens communs qui est la justice. L'organe qui exerce ce droit peut n'avoir personne au-dessus de lui pour réformer ou annuler ces décisions et en ce sens il est souverain. Cela lui permet d'avoir en fait le pouvoir d'imposer ses décisions même lorsqu'elles sont contraires au droit coutumier et à la justice et par conséquent son action d'agir uniquement en vue de cet objet n'est pas sanctionnée de la même manière, que s'il avait au-dessus de lui une volonté supérieure pouvant le forcer à exécuter son obligation. Il ne peut pas en conclure cependant que la règle qui s'impose à lui n'est pas une règle de droit, ni même qu'elle est tout à fait exempte de sanction. La conviction de la conscience sociale, que l'État est non seulement limité par le droit, mais qu'il existe des droits garantis contre l'arbitraire législatif, mène nécessairement à l'idée d'immutabilité du droit ainsi protégé. Il existe, comme le dit M. Jellinek, dans les nations civilisées, un fond de droit qui n'est point à la merci du pouvoir législatif. Ce fond de droit s'est déposé dans la conscience des peuples au cours de leur évolution historique ; c'est cette partie de droit qui se manifeste toujours en qualité et quantité constantes dans les institutions juridiques (1). Ce droit constant est reconnu implicitement

(1) Jellinek, *op. cit.*, I, p. 365-366.

ou explicitement et sert de criterium juridique même pour les actes du législateur qui, selon M. Michoud, n'a personne au-dessus de lui pour annuler ou réformer ses décisions.

V

Existe-t-il une limitation plus haute, provenant d'un droit naturel, c'est-à-dire d'une règle supérieure de la justice qui n'est pas née du groupe lui-même, mais qui lui préexiste? En dehors de la limitation des pouvoirs de l'État provenant de l'idée que la société se fait du droit et de la justice, y en aurait-il une autre qui serait au-dessus de la société elle-même, qui s'imposerait non seulement aux organes du groupe, mais encore au groupe lui-même, dans le cas, naturellement, où il pourrait agir autrement que par ses organes? C'est l'idée du droit naturel, d'un droit idéal, ayant une existence indépendante des consciences individuelles. Il est hors de doute que c'est une idée très belle et très élevée, mais une idée éminemment métaphysique, comme du reste toutes les croyances à l'existence des forces éthiques objectives. Si l'on veut rester sur le terrain des faits positifs, il est certain que l'on ne peut concevoir l'existence du droit autrement que comme subjective et psychologique dans la conscience individuelle. En dehors et au-dessus des hommes le droit

ne peut exister, il existe chez les hommes, dans leur conscience.

Pourtant l'idée du droit naturel a non seulement joué un rôle important et louable, mais elle n'a pas disparu des croyances humaines et elle ne disparaîtra point. C'est qu'elle répond à un des besoins de la nature humaine, à une de ces deux tendances psychologiques sur lesquelles paraît être fondée toute la force des règles morales et juridiques.

Pendant que la première de ces tendances consiste à attribuer la force de norme à ce qui arrive souvent dans la vie, à élever la réalité courante à la hauteur de la norme morale ou juridique (1), la seconde, tout au contraire, consiste à vouloir réaliser ce qui n'est pas, à concevoir un idéal en contradiction avec la réalité, à outrepasser la réalité au lieu de rester dans ce qui existe, à tendre vers les formes nouvelles de la vie. C'est à cette seconde tendance que répond l'idée du droit naturel, d'un droit idéal conçu comme meilleur et plus beau que le droit existant, un droit vers lequel il faut tendre comme vers un idéal.

Cet essai de fonder les normes sur ces tendances psychologiques se trouve très bien exposé chez M. Simmel

(1) Du moment que l'on a souvent répété un fait, on se convainc que ce fait doit être répété dans l'avenir. Simmel remarque dans son livre sur la morale : donnez pendant un an tous les jours l'aumône à un mendiant qui est sur votre chemin, il commencera à considérer cela comme son droit, et si vous cessez, votre acte lui apparaîtra comme manquement à une obligation.

dans son Introduction à la Science de la Morale. Dans le droit déjà Bluntschli tenta de fonder sa force obligatoire sur la tendance à élever la réalité à la hauteur de la norme. M. Hauriou mentionne cette doctrine dans les principes du droit public et l'utilise dans le même but (1). On rencontre chez Jellinek à ce sujet des idées absolument identiques à celles de M. Simmel (2), mais appliquées seulement au droit. Après avoir exposé la première tendance dans les mêmes termes que M. Simmel, M. Jellinek ajoute que l'organisation d'un État n'est que l'élévation à la hauteur de règles juridiques des rapports de fait qui se sont formés entre les différents groupes et entre les particuliers qui luttent pour la domination dans l'État. C'est ici que se trouve le fondement du droit, indépendant de l'État et même plus puissant que l'État, capable de se dresser contre lui (3). M. Jellinek utilise donc cette idée

(1) Hauriou, *Principes*, p. 83, Bluntschli, *Le droit public général*, trad. fr., 1881, livre I, ch. VIII.

(2) Le livre de M. Simmel est de 1893 et celui de M. Jellinek de 1900.

(3) Cette théorie est loin de vouloir justifier chaque fait accompli. Simmel dit expressément : La simple réalité, la simple répétition ne suffiraient jamais à transformer une action de fait en une action morale, s'il n'existait pas en même temps des forces psychologiques positives, qui, réveillées par cette répétition, créent la conviction que le fait répété doit se produire aussi dans l'avenir.

Jellinek remarque aussi que cette idée comme toute doctrine simple, ne réussit qu'à expliquer une partie du droit, un côté de la

pour montrer quel est le fondement du droit. A propos de la seconde tendance, il remarque qu'elle est dans le droit évolutionniste et même révolutionnaire. En même temps elle est rationnelle dans certains cas. C'est elle qui, après une révolution où l'ancien droit a été aboli, peut venir justifier le nouveau régime et le déclarer bon, lui donner droit à l'existence. Ainsi compris comme une force psychologique, le droit naturel existe et existera toujours, jouera et devra jouer un rôle bienfaisant.

VI

Un nouvel essai de fonder le droit sans recourir à l'idée du droit naturel a été récemment tenté en France par M. Duguit. Il part de la subjectivité du droit, comme du reste de la subjectivité de tous les phénomènes sociaux..
 « En fin de compte, dit-il, tous les faits sociaux sont des faits de conscience. Aussi ce que la science sociale doit préciser, c'est bien moins le fait lui-même du groupement social, que la forme en laquelle ce fait se reflète dans la conscience humaine (1). » Une fois le caractère subjectif du

question. Ensuite il déclare que la doctrine doit être complétée par cette observation que le fait doit apporter avec lui chez les hommes la conviction qu'il doit être considéré comme possédant la force normative.

(1) Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 32.

droit bien aperçu et précisé, il sera impossible de se représenter sa force obligatoire à la façon des forces physiques, ayant une existence objective, s'imposant du dehors au dedans. Son activité ne peut être non plus exprimée dans la forme d'une loi causale. Au contraire il faut le concevoir comme une force psychologique, ayant une existence dans la conscience de l'individu, s'imposant du dedans au dehors à la façon d'une loi de finalité.

Pourtant M. Duguit est forcé de se demander comment et pourquoi le droit s'impose à l'activité de tous et par conséquent à celle de l'État (1). En créant un système positif pour répondre à cette question, il nous paraît que M. Duguit s'est doublement mis en contradiction avec lui-même : il abandonne le terrain des faits réels et positifs pour le domaine purement métaphysique, et en même temps délaisse sa conception subjective du droit, que nous venons d'exposer, pour une conception objective.

La règle de droit, dans la conception de M. Duguit n'est que l'expression de la solidarité sociale. Par conséquent, prouver la force obligatoire et générale de la solidarité, c'est prouver la force obligatoire de la règle de droit, par conséquent la limitation de l'activité étatique.

(1) Il ne faut pas oublier que dans sa conception l'État n'est que l'homme ou le groupe des hommes qui en fait sont le plus forts dans une société. Si on prouve la force déterminante du droit objectif sur les individus, on a du même coup prouvé sa force obligatoire sur l'État.

M. Duguit conçoit de deux façons cette force obligatoire de la solidarité. Ni l'une ni l'autre ne répondent à sa conception subjective des faits sociaux ni à son dessin de bannir les entités métaphysiques et de constater seulement les faits positifs et réels.

Premièrement, la solidarité s'impose à tous comme un but que les hommes se proposent dans leurs actions, parce qu'ils en reconnaissent l'utilité. Les hommes, dit-il, comprenant qu'ils ont en particulier les mêmes besoins qu'un certain groupe, se conçoivent plus particulièrement solidaires des membres de ce groupe et comprenant que la vie dans ce groupe peut seule leur assurer un moindre mal, veulent le maintien de cette solidarité. Ceci dit à propos de la solidarité par similitudes, est répété à propos de celle par division du travail (1).

Dans cette conception, la force obligatoire de la solidarité est conçue à la façon métaphysique de la morale socratique. Socrate disait (et M. Duguit le répète) que la vertu est science, et qu'il n'y a pas lieu de distinguer la connaissance de l'action. Celui qui connaît vraiment le Bien, d'après Socrate, comprend qu'il est de son intérêt de le faire et par suite ne peut manquer de le vouloir. La volonté ne peut aller contre la raison : elle est toujours droite, et ses défaillances ou ses fautes ne sont rien que

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 33 et suiv.

des erreurs de l'intelligence (1). C'est la théorie de l'identité de la vertu et de la science. Ce qui est la vertu chez Socrate, c'est la solidarité chez M. Duguit. Il suffit de la connaître pour la vouloir ; si on ne la veut pas c'est parce qu'on est ignorant.

Or, il est inutile de dire que c'est une affirmation très belle et très élevée, mais une affirmation purement métaphysique. Elle suppose que les hommes prennent des décisions et agissent toujours sous l'influence de la raison. Tandis que souvent pour ne pas dire toujours, c'est sous l'influence de l'instinct que l'homme se décide et agit, la raison lui servant de guide dans l'exercice de l'action. La vie quotidienne inflige les démentis les plus formels à cette affirmation du caractère rationnel de la morale. Bien qu'en pleine connaissance de cause l'homme se décide souvent sous l'influence de facteurs autres que la raison. C'est ce qu'a exprimé Ovide dans ce vers connu :

Video meliora proboque deteriora sequor (2).

Cette même conception contient une autre contradiction avec la théorie empirique et réaliste, dont M. Duguit se dit partisan convaincu. L'empirisme, la réalité constate la complexité des buts humains. L'observation ne nous

(1) C'est dans les mêmes termes que s'exprime M. Duguit à propos de l'égoïsme qu'il appelle une erreur.

(2) *Métamorphoses*, VII, 20.

permet pas de réduire tous ces différents buts à un seul. Pourtant M. Duguit opère cette réduction en désignant comme dernier et seul but des actions humaines la solidarité. Ce monisme ne peut être qu'un saut de la réalité dans la métaphysique, à moins que le mot solidarité ne soit qu'un nom générique qui embrasserait toutes les fins que les hommes peuvent se proposer et se proposent en réalité. Mais alors il est absolument inutile. Tout autre terme peut le remplacer.

Dans la seconde conception, la solidarité s'impose comme un fait. Du moment que l'homme vit en société, dit M. Duguit, il ne peut pas vivre que conformément à la solidarité... L'homme veut la solidarité, parce qu'il ne peut pas ne pas être solidaire (1). Ici la solidarité apparaît comme une loi causale, s'imposant du dehors au dedans. Cette ressemblance avec les lois physiques est exprimée par M. Duguit en termes fort explicites. « La règle de droit existe, non seulement avant que la contrainte, destinée à la sanctionner, soit organisée, mais avant même que l'homme en ait conscience, par cela seul, que des hommes vivent en société. Malgré les différences précédemment mises en reliefs et qui séparent le monde physique du monde social, on peut dire que de même que les lois physiques existaient avant que la science les for-

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 24.

mulât, de même la règle du droit existait avant que les hommes en eussent conscience (1). »

Dans ce passage est exprimé fortement la croyance à l'existence objective du droit, en dehors et indépendamment des consciences individuelles. M. Duguit dit que ce qu'il a exposé est plus théorique que pratique. C'est vrai, mais ce qui est plus certain, c'est que cela est plus métaphysique que positif, ou pour mieux dire, que cela est purement métaphysique. Ajoutons : cela est en contradiction avec son point de départ. Pour lui la seule réalité est la conscience individuelle, la seule existence possible des faits sociaux est l'existence subjective. Comment concilier ce point de vue très exact avec ce qu'il vient de dire sur l'existence objective de la règle de droit ? Enfin, comment accorder sa notion de la finalité psychologique du droit avec cette façon déterministe et automatique dont la règle de droit s'impose dans cette seconde conception ?

La théorie de M. Duguit se ramène à trois affirmations métaphysiques : l'idée socratique de l'identité de la vertu et du savoir, l'idée moniste de l'unité des buts individuels et enfin la croyance à une existence objective du droit. Elle présente en même temps une contradiction fondamentale entre le point de départ et les conclusions à laquelle on arrive. Pareilles erreurs et semblables contra-

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 114.

dictions suffisent à ruiner le système tout entier. Au surplus, était-il nécessaire de rejeter l'idée de droit naturel, pour arriver par des voies détournées à des résultats identiques !

CHAPITRE V

LA NOTION DU DROIT SUBJECTIF

I

Se demander quelle est la notion de droit subjectif c'est implicitement supposer la question : quels sont la nature et le but du droit objectif. Tout le contenu de la définition du droit subjectif est renfermé dans la définition du droit en général.

Or à cette question : quelle est la nature et quel est le but du droit, la science juridique, les divergences insignifiantes mises à part, a fourni deux réponses principales.

Le droit a pour dernière fin d'assurer la jouissance matérielle ou morale, donc de protéger les intérêts humains. C'est là où se trouve son caractère intrinsèque, celui qui peut fournir les éléments d'une bonne définition. C'est la théorie de l'intérêt.

Tout en admettant que le droit a pour dernière fin de protéger les intérêts des hommes, une autre théorie, celle de la volonté, se refuse de voir dans l'intérêt, dans le but, le caractère primordial du droit, celui qui nous permettra de comprendre son essence, sa vraie nature. Ne croyant pas que le but auquel sert une chose suffise pour expliquer la chose même, et considérant que le droit se préoccupe moins de l'intérêt qu'il protège que de la façon dont il le protège, la *Willentheorie* voit le principe du droit dans le pouvoir de la volonté laissé par le droit objectif au bénéficiaire.

Selon que l'on prendra parti pour l'une ou pour l'autre théorie, il résultera forcément des divergences de vue importantes en ce qui concerne toutes les questions fondamentales du droit : la notion du droit subjectif, celle du sujet de droit, la distinction entre le droit public et le droit privé, etc... Etant donné le caractère rigoureusement logique de notre science, le parti pris au point de départ détermine forcément tous les développements postérieurs, et on voit dans les systèmes juridiques de beaucoup d'auteurs, l'une des deux notions acceptée au début se faufiler comme le fil rouge à travers toutes les parties de ces édifices logiques.

Quelle est la meilleure des deux notions ? Les considérations sur la valeur théorique de leurs prémisses, sur la solidité de leur structure logique et enfin sur la conformité de leurs conséquences avec la réalité, permettront peut-

être de se retrouver et de prendre parti dans ce grand débat juridique.

Peut-être arrivera-t-on à dégager de cette discussion cette idée féconde, qu'en pareille matière l'exclusivisme absolu s'éloigne fort de la vérité, et que la vraie sagesse consiste ici comme ailleurs, à concilier des points de vue en apparence opposés, à réduire à l'unité ce que les théories veulent séparer, à étudier la fin du droit aussi bien que les moyens qu'il emploie.

II

La théorie de la volonté — *Willenstheorie* — est la plus ancienne. Étant donné que la volonté est l'élément le plus saillant du droit, elle s'offre par là même tout d'abord à l'attention des juristes. Au surplus le droit naturel, qui a le premier tenté d'élaborer une théorie générale du droit subjectif, était, on le sait, dominé par le postulat de la liberté humaine. Il ne pouvait voir dans le droit subjectif qu'une manifestation extérieure de cette liberté individuelle. Dans cette phase métaphysique, le droit est identifié, en quelque sorte, avec la volonté elle-même, dont il serait un attribut spécial. L'homme, étant avant tout un être doué de liberté, il ne peut vivre en société, croyait-on, qu'à la condition que l'exercice de cette liberté lui soit

socialement garantie, et cette garantie sociale implique pour lui des droits, le droit par conséquent à la libre expression de son individualité et à la mise en jeu de sa volonté dans les limites admises par la loi. Le droit se présente comme l'extériorisation de la volonté dans son conflit avec d'autres libertés en exercice et, par conséquent, dans les limites qui lui sont garanties par la loi (1).

Une autre attache philosophique de la *Willenstheorie* est son rapport avec le système de Hegel (2). Hegel, à la suite de Rousseau, considérait le droit objectif comme la manifestation de la volonté générale, le droit subjectif, au contraire, comme la manifestation de la volonté individuelle, en vue d'affirmer l'existence de la volonté libre. La science du droit à l'époque de Hegel était sous l'influence, presque sous la domination, des considérations métaphysiques. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que les théoriciens de cette époque n'aient vu dans le droit subjectif qu'une pure puissance de la volonté, un pouvoir de vouloir, un *Wollen-dürfen*.

Libérée dans une certaine mesure de ses liens métaphysiques, la *Willenstheorie*, telle que la science moderne et spécialement la *Normentheorie* (3) l'ont présentée, est

(1) V. Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 520.

(2) V. Jellinek, *System*, p. 42.

(3) V. Binding, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe* et *Juristische Prinzipienlehre* 4 vol. et Thon, *op. cit.*

restée au fond ce qu'elle a été sous le règne du droit naturel et du Hégélianisme. Son point de départ, fourni cette fois-ci par l'observation des faits positifs, est le suivant : tout le droit objectif consiste en impératif, en ordres adressés par l'État aux citoyens. Or les ordres ne peuvent être donnés qu'aux êtres doués de volonté, capables par là d'exécuter ces ordres. Par conséquent, le droit ne peut s'intéresser qu'aux volontés, tout ce qui ne touche pas directement à celles-ci, quel qu'en soit l'intérêt pratique, reste en dehors du droit.

Bierling (1), en critiquant à son tour la célèbre définition de Ihering, observe qu'il est faux d'identifier le droit avec les intérêts qu'il protège. Le droit ne peut pas être l'intérêt protégé, comme le veut Ihering. Dans cette expression : « intérêt protégé », il y a deux éléments à distinguer : d'un côté la chose protégée, l'intérêt, de l'autre, la façon dont cette chose est protégée, la protection juridique (par un pouvoir conféré à la volonté de celui qui s'occupe de l'intérêt). Et comme la protection n'est jamais identique à la chose protégée, pour donner une définition du droit, il faut choisir entre ces deux éléments, que nous révèle l'analyse. Quel élément faut-il adopter ? La *Willenstheorie* se déclare contre l'intérêt-objet protégé, et pour la volonté, moyen de protection. Du reste, se demandent les auteurs, de ce groupe, dans ce

(1) *Zür Kritik*, t. 2, p. 59 note.

grand combat pour la définition du droit, de quoi s'agit-il au juste? Tout simplement de savoir si le droit doit être expliqué par son but dernier — la jouissance matérielle assurée aux membres de la société, — ou par le moyen — la volonté individuelle — par lequel l'organisation juridique arrive à assurer cette jouissance. En d'autres termes s'il faut se déclarer pour une explication finaliste ou bien pour une définition anatomique et structurale. Or les représentants de la *Willenstheorie* sont des adversaires déclarés de toute tentative d'explication scientifique par la considération du but. Une chose, dit Bierling (1), n'est jamais explicable par le but auquel elle sert. Le but, auquel sert un coffre-fort, dit, à titre d'exemple, le même auteur, est bien la protection contre le vol et l'incendie des bijoux et des valeurs qui y sont contenus, mais il serait absolument vain de vouloir par la considération de ce but, comprendre et expliquer la nature et le mécanisme de ce coffre-fort; celui-ci au surplus reste ce qu'il est même quand il cesse de servir à la destination que nous venons de citer. Cette façon de raisonner n'est pas propre à la *Willenstheorie*. Elle se retrouve à la base de tous les systèmes anti-téléologiques. Il est curieux de rapprocher de ces arguments contre l'explication finaliste du droit, les objections qu'un célèbre sociologue moderne émet contre l'explication finaliste de tous les faits

(1) *Op. cit.*, *loc. cit.*

sociaux en général. Montrer, dit M. Durkheim (1), l'utilité d'un fait, n'est pas expliquer comment il est né, ni comment il est ce qu'il est. Car l'emploi auquel il sert suppose des propriétés spécifiques, qui le caractérisent, mais ne le créent pas..... Un fait peut bien exister, sans servir à rien, soit qu'il n'ait jamais été employé à aucune fin, soit qu'après avoir été utile, il ait perdu toute utilité, en continuant d'exister par la seule force d'habitude. »

Non seulement ces considérations d'ordre théorique et abstrait, mais l'observation même de la réalité serait affirme-t-on contre la conception finaliste du droit. L'utilisation, en quoi consisteraient, d'après la théorie de l'intérêt, la fonction et la nature du droit, n'est pas du tout l'élément indispensable à l'existence réelle d'un droit. Elle peut ne pas avoir lieu, sans que pour cela le droit cesse d'exister. Autrement, il serait logique d'affirmer que le propriétaire d'une terre a perdu son droit de propriété dès que des empiètements ont rendu physiquement impossible l'utilisation de la terre. Dans l'état actuel de la jurisprudence, semblable affirmation serait tout à fait absurde.

L'utilisation d'une chose n'est pas non plus le but que le législateur a ordinairement devant les yeux quand il édicte les règles de droit. Du reste, comment pourrait-il avoir ce but, puisque il n'est dans son pouvoir de créer ni les facultés morales de détermination, ni les facultés phy-

(1) *Les règles de la méthode sociologique*, p. 111 et suiv.

siques de celui à qui il confère un droit, ni enfin les aptitudes ou les utilités des choses. Le but n'est donc point un élément constitutif du droit. Il peut être tout au plus l'idée inspiratrice, le motif, mais, comme tel, il n'a pas à entrer dans une définition de droit, il n'est pas élément constitutif de sa structure (1).

Si donc la nature du droit n'est pas donnée par son but, il ne reste plus que la volonté comme élément intéressant la science juridique. Comment obtenir pourtant la notion du droit subjectif ?

Pour cela il faudrait examiner le rapport entre le droit objectif et le droit subjectif, se demander comment et à quel moment ce dernier est créé par les normes objectives.

Or, d'après l'opinion que nous venons d'exposer, le droit objectif est conçu comme antérieur et supérieur au droit subjectif. Il s'impose aux individus du dehors, comme une volonté supérieure, différente des volontés particulières. Il s'affirme par l'intermédiaire des ordres aux individus, lui imposant la façon de se conduire dans leur rapport mutuel. Les droits subjectifs seront donc créés par le droit objectif. Nécessairement chaque ordre doit avoir un double résultat : à celui qui est forcé de se conduire d'une certaine manière, il impose une certaine obligation, et du même coup il crée une situation avantageuse en faveur de celui qui profite de cette obligation. Pourtant dans cette hypo-

(1) V. Roguin, *La règle de droit*, p. 52, 53.

thèse, nous ne sommes pas encore en présence de droits subjectifs et des obligations subjectives.

Pour qu'il y ait un droit subjectif, il faut que l'ordre par lequel est créée cette situation avantageuse, soit laissé à la libre disposition et à la discrétion entière de celui en faveur de qui cette situation est créée. S'il dépend exclusivement de lui d'user ou non de cet ordre, et au surplus, de se servir du moyen que l'organisation juridique lui offre, en cas de violation de la norme, sa volonté individuelle devient alors un facteur décisif dans la réalisation de la norme objective, cette dernière est devenue son bien, le droit objectif est devenue son droit subjectif (1).

Le droit subjectif est donc une puissance de la volonté individuelle reconnue par le droit objectif.

C'est cet ordre, laissé ici à la libre disposition de l'individu qui forme la substance de son droit. Il est toujours un pouvoir de volonté individuelle, un pouvoir de vouloir conféré par le droit objectif.

Prenons, par exemple, en France, les ouvrages des théoriciens qui peuvent être rattachés à cette tendance. Ils définissent tous le droit subjectif comme les attributs, les facultés des volontés individuelles. M. Hauriou (2) dit

(1) Windscheid, *Pandekt*, t. I, p. 155-156.

(2) De la personnalité comme élément de la réalité sociale, *Revue générale de droit*, 1898, p. 5 et 119.

expressément, que le droit subjectif ne s'attache qu'à cette manifestation du moi raisonnable : la volonté. M. Jouffre de la Pradelle (1) le qualifie : une faculté d'agir qui commande un sujet qui a cette faculté, et M. Duguit (2) lui-même, malgré toute la nouveauté qu'il propose, voit encore dans la volonté le caractère essentiel du droit subjectif, lequel, dit-il, tout en ayant pour support un intérêt, n'en est pas moins pour lui un pouvoir de vouloir, un *Wollendürfen*.

III

La Willenstheorie prête doublement à la critique d'abord en ce qui concerne la nature abstraite de sa prémisse fondamentale et ensuite à cause de ses conséquences logiques, qui sont souvent en contradiction avec le point de départ.

La volonté telle que la Willenstheorie la comprend n'est pas l'objet de la protection juridique. La volonté, ou pour parler correctement, chaque manifestation de la volonté, doit avoir nécessairement un contenu, pour objet, pour s'exercer sur lui. On ne peut pas « vouloir » tout court ; on

(1) *Des fondations*, p. 249.

(2) *Le droit social et le droit individuel*, p. 15.

est toujours forcé de vouloir quelque chose, comme du reste on ne peut pas voir, sentir, penser sans se représenter en même temps l'objet que l'on voit, que l'on sent ou que l'on pense. Il est psychologiquement impossible, dit Jellinek, que le droit reconnaisse un vouloir sans contenu, il est donc également impossible de séparer dans le droit l'élément volonté de l'élément intérêt.

Loin de nous apparaître comme la volonté en exercice, le droit se présente, selon le mot de Ihering, comme un but supérieur ayant la volonté à son service. Le droit n'est pas là pour la volonté, mais la volonté est là pour le droit.

En ce qui concerne la pratique, on peut dire avec M. Saleilles (1) que « la volonté but exclusif du droit est un point de vue inconciliable avec les solutions les plus récentes et les plus universelles de la tradition juridique de notre temps. » Si, en effet, le droit s'identifiait avec la volonté, il faudrait en nier l'existence au profit de qui n'a pas de volonté, et lorsqu'il y a ce que nous appelons du nom de représentant légal, attribuer le droit à celui dont la volonté s'exerce, c'est-à-dire au représentant, et non plus à celui pour qui il s'exerce, puisqu'il n'a pas de volonté. Combien cette conséquence serait grave et contraire à la réalité, c'est ce qui est prouvé manifestement par le fait que presque tous les représentants de la *Willenstheorie* ont reculé devant cette affirmation de leur

(1) *Op. cit.* p. 532 et suiv.

système, et qu'ils se sont efforcés, à l'aide de détours et de fictions, de conserver le droit au profit de celui qui n'a pas de volonté.

Il serait pourtant tout à fait logique de faire comme Hölder (1) et de tirer ces conséquences jusqu'au bout. Si le droit n'appartient qu'à celui qui possède la volonté, il ne peut reconnaître comme sujet de droit que les êtres doués de volonté et capables d'exercer leur droit. Le vrai sujet de droit, dit Hölder, est celui qui en dispose, celui qui l'exerce. Autrement dit, cet auteur dénie toute valeur à la *Rechtsfähigkeit* prise en soi. Par là, il déplace l'attribution, l'appartenance du droit, sa subjectivité au sens de propriété de droit. Elle passe du bénéficiaire au détenteur, du représenté au représentant, du moins s'il s'agit d'un représentant légal. Le tuteur, pour citer un exemple pratique, devient dans cette théorie, l'attributaire du bien du pupille, et ce dernier ne serait plus sujet de droit, ne possédant aucun droit subjectif.

Or cette conséquence est inadmissible. Il ne s'agit même pas de la critiquer, il suffit seulement de la dénoncer. Pourtant il serait fort intéressant, croyons-nous, de citer ici les belles et fortes paroles qu'un professeur français, de grande autorité, M. Saleilles (2) a prononcées contre cette théorie. « Sans doute, dit-il, quelques novateurs

(1) *Natürliche und juristische Personen.*

(2) *Op. cit.*, p. 532-533.

modernes, attirés par un phénomène de surface qui avait également frappé les institutions primitives, ont voulu se rallier à cette solution et transporter le droit de l'un à l'autre, du pupille au tuteur par exemple. Ces audaces n'étaient qu'une nouvelle mise au point de solutions bien anciennes, mais aussi bien inexactes et grossières. Jamais dans nos civilisations modernes, on n'admettra, en dehors de quelques dilettantes, que le droit du pupille ait passé au tuteur, pas plus qu'on ne dirait que les droits des citoyens ont passé au souverain. L'idée d'une appartenance subjective des droits au profit de ceux au nom de qui et pour le compte de qui ils sont exercés, est désormais une conquête de la réalité juridique sur le terrain de la finalité, dans le domaine du droit, conquête qui est acquise, et que plus rien au monde, à moins de retourner à un état de culture archaïque et barbare, ne saurait menacer. »

IV

Une autre variante de la Willenstheorie est la définition du droit subjectif d'après les moyens de réalisation laissée à la libre disposition du sujet, d'après l'action. Un des représentants célèbres de cette théorie est Thon, dont l'ouvrage *Rechtsnorm und Subjectives Recht* a eu une assez

grande influence dans son pays d'origine, aussi bien qu'à l'étranger.

Thon part également de l'idée que tout droit consiste en normes, c'est-à-dire en ordres imposés aux citoyens. Seulement il rétrécit la notion du droit subjectif au seul pouvoir de se servir de la norme en cas de violation de cette norme. Il diffère de Windscheid spécialement en ce qu'il considère que ce n'est pas la norme primitive qui est laissée à la libre disposition du sujet, mais les normes secondaires, postérieures, créées pour remédier aux violations des normes primitives.

« Le droit positif, dit-il, n'est qu'un ensemble complexe d'impératifs qui se conditionnent, se sanctionnent les uns les autres, en ce sens que la violation de l'un d'eux en met en œuvre un autre. Un exemple : l'impératif : tu ne dois pas tuer » s'adresse à tous ceux qui sont soumis à cette norme sanctionnée par le code pénal. Or si le meurtre est commis, par là même entrent en jeu les autres impératifs juridiques adressés aux autorités publiques chargées de poursuivre, de juger et d'imposer aux meurtriers la peine encourue. Et si les autorités n'obéissent pas, d'autres impératifs entreront en jeu. La conséquence de la violation d'une norme est donc toujours l'entrée en scène des nouvelles normes, ou la disparition des anciennes. Elle consiste par conséquent toujours en ordres, en impératifs et non pas en un fait matériel.

Le meurtre n'a pas pour résultat juridique l'exécution

du meurtrier, mais l'entrée en scène des nouvelles normes adressées à la justice et au pouvoir exécutif et la disparition, en tant que cela concerne le meurtrier, des normes protégeant la vie des particuliers.

Il faut donc, comme nous l'avons remarqué, distinguer chez Thon deux sortes de normes : les normes fondamentales et primaires, interdisant ou ordonnant une certaine action et les normes secondaires, créées pour remédier à la violation éventuelle des premières normes. Et les unes et les autres appartiennent au droit objectif. Mais ce ne sont que ces dernières qui créent les droits subjectifs. Comment et à quel moment ?

Le droit subjectif, d'après Thon, ne peut naître avant la violation d'une norme objective. Chaque violation entraîne nécessairement les conséquences juridiques pour celui qui l'a commise, c'est-à-dire l'entrée en scène des normes secondaires qui doivent entraîner la punition des délinquants. Pourtant cette entrée en scène des nouvelles normes peut se faire automatiquement, sans intervention de celui qui souffre la violation du droit. Dans ce cas, il n'y a pas de droit subjectif des particuliers. Pour que le droit subjectif existe, il faut que les conséquences juridiques de la violation soient amenées par l'intervention de l'individu protégé, et seulement par son intervention. Il faut, en un mot, que le droit objectif confère à l'individu le pouvoir de provoquer des poursuites, qu'il laisse à sa libre disposition les normes secondaires, celles qui ont pour

but de réparer la violation des normes fondamentales.

Ce moyen de la réalisation du droit est appelé *Anspruch* par Thon, ce qui peut être facilement traduit en français par le mot action. C'est, en réalité, un ordre donné aux organes étatiques de se mettre à la disposition de l'individu protégé, quand celui-là le demande.

A cette théorie de Thon on peut faire l'objection suivante :

Il est étonnant que l'on soit allé chercher la caractéristique du droit subjectif dans un élément non seulement secondaire, mais, ce qui est plus important, accidentel. On peut bien posséder un droit subjectif sans que la norme qui le protège soit jamais violée, et par conséquent sans que l'on ait à employer une action. Il est vrai que Thon ne trouve pas la caractéristique du droit subjectif dans l'*Anspruch* lui-même, mais dans la possibilité d'avoir l'*Anspruch* le cas échéant. (*Anwartschaft auf Ansprüche*). Mais au fond les deux choses sont identiques.

Bierling (1) remarque fort spirituellement que Thon, cherchant la notion du droit subjectif dans les moyens propres à remédier à la violation de la règle juridique, lui fait l'impression d'un anatomiste ou d'un physiologue, qui voudrait définir un organe du corps humain non pas d'après la nature et la structure de cet organe, mais d'après la qualité du remède que l'on emploierait pour le guérir en cas de maladie.

(1) *Zur Kritik*, t. II p. 153.

Au surplus, la notion du droit subjectif chez Thon est très étroite, parce qu'elle n'est applicable qu'au droit privé. En effet, il identifie le pouvoir de poursuivre judiciairement laissé par le droit objectif aux particuliers avec la notion du droit privé. Le même pouvoir dans le droit public n'appartient qu'à l'État et à ses organes. Nous verrons plus tard qu'il admet pourtant certains droits publics des particuliers. Nous signalerons alors qu'il arrive à ce résultat par des détours assez hasardeux et par une contradiction avec la logique de son propre système.

V

La critique de la *Willenstheorie* nous amène à voir l'importance de l'élément concret du droit, de l'intérêt. Le rôle dominant de ce caractère substantiel du droit a été mis clairement en valeur par Ihering (1). Il est même allé trop loin dans ce sens en voulant réagir contre l'extravagance de la *Willenstheorie*. Si cette dernière ne voyait dans le droit subjectif que la volonté, Ihering, lui, n'insiste que sur la notion de l'intérêt. Il définit le droit objectif comme un système des buts humains protégés par l'organisation juridique. Par conséquent, le droit subjectif,

(1) *L'esprit du droit romain*, t. IV p. 323.

d'après lui, est un intérêt individuel juridiquement protégé. Quant à la notion de l'intérêt, il la définit : un bien qui est de nature à être utile aux hommes, à leur conférer des avantages, ou pour parler correctement, c'est la valeur, c'est-à-dire la mesure d'utilité d'un bien, envisagée au point de vue du sujet qui peut être appelé un intérêt individuel.

Cette prépondérance exagérée donnée à l'intérêt par Ihering est en quelque sorte l'erreur fondamentale de sa théorie. Identifier le droit avec l'intérêt qui est en lui, remarque très judicieusement M. Saleilles (1), c'est le confondre avec son objet. C'est, en même temps, se contenter d'un des deux termes en supprimant l'autre. C'est, enfin, montrer le but, sans indiquer le moyen de l'atteindre. Si la volonté n'est pas le but du droit, elle est pourtant un moyen indispensable à sa réalisation.

Le droit, dit Jellinek, ne protège les intérêts que s'ils sont en rapport direct avec la volonté individuelle. Pour qu'un objet du monde extérieur, ou une relation d'homme à homme appartienne à la catégorie des intérêts humains, il est indispensable, affirme le même auteur, que la volonté humaine puisse s'exercer sur eux. S'il est vrai que l'on ne peut vouloir tout court, sans vouloir en même temps quelque chose, il est également certain, que ce quelque chose doit être voulu et de nature à pouvoir être voulu. La

(1) *Op. cit.*

volonté est donc, conclut le savant professeur d'Heidelberg, le moyen nécessaire pour transformer quelque chose en bien et en intérêt.

VI

Nous avons vu que l'on tombe dans des difficultés insurmontables quand on prend pour définition du droit subjectif, un seul des deux éléments que l'observation nous a révélés. Le droit n'est pas la volonté humaine en exercice; il n'est pas non plus un simple intérêt juridiquement protégé. Il est l'un et l'autre en même temps. Et d'abord, il ne faut pas croire que la volonté est protégée pour elle-même, comme le croyait Hegel. L'observation attentive nous apprend clairement que ce n'est pas une volonté abstraite que la loi protège, mais une volonté dirigée toujours vers un but concret. Mais cet intérêt, tout seul, abstraction faite de la volonté, n'est pas suffisant pour fonder un droit subjectif. Il y a des intérêts qui répondent exactement à la définition de Ihering, et qui ne sont pas pour cela élevés à la dignité de droits : l'intérêt des fabricants et des ouvriers protégés contre la concurrence par un droit de douane, l'intérêt des indigents secourus par l'Assistance publique, dans les législations qui n'admettent pas le principe du droit à l'assistance, etc. Que manque-t-il ici à ces divers cas pour que nous nous

trouvions en présence d'un droit subjectif? Il manque, dit excellemment M. Michoud (1), une volonté à qui la puissance soit donnée de réaliser ou de ne pas réaliser le droit, suivant son bon plaisir; qui soit chargée de le défendre, si on l'attaque, et de faire les actes nécessaires à son exercice; en un mot, une volonté qui soit à son service pour le représenter. La volonté est donc nécessaire au droit, puisqu'il est au service du droit, puisqu'elle est un moyen de la réalisation du droit.

Et le moyen, dit M. Saleilles (2) lorsqu'il est indispensable à la réalisation d'un but, ne cesse pas d'être un élément essentiel de la définition de l'institution à laquelle se rallient les deux termes. Par conséquent pour qu'une définition du droit subjectif soit exacte il faut qu'elle embrasse tout le contenu, c'est-à-dire l'intérêt aussi bien que la volonté. C'est ce qu'ont très bien vu quelques auteurs modernes.

M. Michoud (3) définit le droit subjectif : l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégés au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre. En ce qui concerne le sujet du droit, c'est dans sa théorie, l'être collectif ou individuel dont l'intérêt est ainsi garanti, alors même que

(1) *La théorie de la personnalité morale*, t. I, p. 404.

(2) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(3) *Op. cit.*, p. 405.

la volonté qui le représente ne lui appartiendrait pas en propre au sens métaphysique du mot. Il suffirait que cette volonté fût limitée socialement ou pratiquement attribuée pour que la loi, sans s'écarter de son rôle, lequel consiste à interpréter les faits sociaux, dût la considérer comme sienne. Nous serions assez enclin à accepter cette théorie si elle ne soulevait quelques objections d'ordre théorique et pratique qui ont d'ailleurs déjà été formulées.

Pourquoi, se demande M. Saleilles, mettre au premier plan ce qui n'est que l'objet du droit, sans parler de ce qui en constitue l'essence. Le rôle subordonné de la volonté, c'est le réel danger de la définition de M. Michoud. Si l'intérêt prime tout et qu'il soit juridiquement reconnu que l'Etat est mieux qualifié que personne pour y veiller, il faudrait donc traduire par la volonté de l'Etat cette volonté fonctionnelle dont il est question. Au moins faudrait-il la qualifier de volonté autonome, pour être sûr qu'il s'agisse d'un pouvoir autre que les pouvoirs publics. Mais s'il en est ainsi pourquoi ne pas mettre au premier plan cette notion du pouvoir, qui est la caractéristique même du droit ?

Pour éviter cette objection, un autre auteur, M. Jellinek, a défini le droit subjectif comme un pouvoir de vouloir individuel dirigé vers un but ou un intérêt et reconnu par l'organisation juridique (1).

(1) *System*, p. 44.

Cette définition de M. Jellinek est parfaitement acceptable. Elle nécessite pourtant quelques développements.

Le concept du droit est en relation étroite avec certaines autres notions fondamentales du droit. Il suppose d'abord un rapport de droit entre deux sujets au moins, le premier sujet actif, en faveur de qui existe le droit, le second, sujet passif, obligé envers le sujet actif.

On remarque ensuite un intérêt individuel. C'est toujours au point de vue objectif, un bien dans le sens le plus large du mot, bien matériel ou moral... Il devient intérêt lorsque les hommes l'ont estimé en vue de fins individuelles. Naturellement cette estimation n'est pas purement subjective, faite arbitrairement par l'individu. C'est au contraire une estimation collective, que s'en fait une société déterminée pour une époque déterminée. Un intérêt n'est pas protégé que s'il répond à cette conception sociale. L'individu ne juge pas souverainement de ce qui doit être son intérêt, de ce qui pourrait être l'objet sur lequel s'exercerait sa volonté. Il ne juge pas non plus de la façon dont sa volonté doit s'exercer. L'intérêt individuel, qui ne sert pas en même temps la société, l'intérêt dont la défense n'est pas en même temps l'accomplissement d'une fonction sociale, pour nous servir de l'expression de M. Hauriou, n'est pas reconnu par le droit. C'est la thèse de l'abus du droit devenant aujourd'hui le correctif indispensable de la théorie du droit subjectif. Elle est pourtant impossible avec

la conception de la Willenstheorie, avec l'idée d'une volonté libre et indépendante.

Il faut tenir également compte d'une autre particularité. Point n'est besoin que la volonté et l'intérêt résident dans une seule et même personne. Le sujet dont la volonté réalise le but peut être différent de celui qui bénéficie de l'intérêt. L'intérêt a besoin d'une volonté, mais il n'est pas indispensable que l'intérêt et la volonté appartiennent au même sujet. Cela est parfaitement acceptable, dit M. Jellinek, depuis que Bernatzik l'a clairement expliqué dans son étude sur la personnalité juridique. C'est la conséquence de cette conviction que la Willenstheorie et la théorie de l'intérêt séparé, ne sont pas suffisantes pour nous aider à obtenir une notion claire du droit subjectif. En France cette idée est admise et développée spécialement par MM. Michoud et Saleilles, et récemment par M. Démogueue (1).

Dans le droit subjectif on fait également entrer la notion de la reconnaissance juridique de la volonté par l'organisation objective. Et juridiquement reconnu ce qui est juridiquement protégé, d'où l'habitude d'identifier ces deux notions : la reconnaissance et la protection juridique. La plupart des auteurs entendent sous l'expression « protection juridique » la protection assurée par la contrainte étatique. Aussi actuellement, de même que sous le régime de droit naturel, on considère la contrainte comme la

(1) *Les notions fondamentales de droit privé*, p. 370.

caractéristique indispensable du droit. Mais on exclut par là même du domaine juridique tout le droit international, le droit constitutionnel et la majeure partie du droit administratif. En effet, la garantie du droit dans toutes ces branches ne consiste point dans une contrainte. Il faut se rappeler que c'est l'Etat qui exerce la contrainte. Les droits des particuliers dans les domaines dont on vient de parler existent au regard de l'Etat, qui devrait donc, le cas échéant, exercer la contrainte contre lui-même. L'absurdité d'une pareille hypothèse est évidente. Comme le dit Ihering, l'impératif adressé à soi-même est une contradiction *in adjecto*.

Pourtant il ne faut pas conclure de l'inexistence de la contrainte à l'inexistence d'un droit. Il faut se demander au préalable si véritablement la contrainte est un signe caractéristique du droit. La doctrine qui identifie le droit et la contrainte légale a le tort grave de confondre la garantie d'un droit avec la contrainte. Certes pour qu'il y ait un droit au profit d'un sujet, il est absolument indispensable que l'organisation juridique garantisse que la volonté de ce dernier sera réalisée. Mais, pour cela il n'est point nécessaire d'admettre la contrainte comme le seul moyen par lequel on puisse exercer un droit. Une garantie complète est assurée, par exemple, grâce au sentiment collectif moral, ou à l'équilibre des forces, et des intérêts sociaux en jeu. Sans cela comment pourrait-on concevoir la possibilité du droit coutumier. Naturellement le droit

est mieux protégé dans les cas où l'Etat lui prête main-forte par l'exécution forcée. Mais des protections moins efficaces peuvent aussi être considérées comme des garanties des droits. Il y a, en un mot, des droits plus ou moins bien protégés. On peut concevoir toute une gamme de protections ; allant de celles citées plus haut, en passant par la protection que confèrent *leges imperfectae*, jusqu'à la protection par la contrainte par l'exécution forcée. Ce n'est donc pas la contrainte, mais la garantie dont la contrainte n'est qu'un mode, qui est une marque essentielle des droits. Les normes juridiques sont plutôt les normes de garantie que des règles de contrainte (1).

VII

C'est ici qu'il convient, croyons-nous, d'examiner une thèse que Ihering a soulevée depuis longtemps, que Jellinek et notre éminent maître, M. Larnaude, ont traité spécialement à propos de droits publics et dont l'importance même pour le droit civil a été récemment signalée dans le beau livre de M. Démogue. C'est le problème des droits-reflets.

De l'activité exercée par les autorités publiques, les

(1) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 328.

particuliers peuvent tirer quelquefois des avantages individuels. Mais ces avantages, que les citoyens peuvent avoir à l'observation de la loi par les pouvoirs publics, ne constituent pas des droits subjectifs proprement dits, s'ils n'ont pas les moyens juridiques suffisants pour obtenir cette observation. Ce ne sont que les simples reflets du droit objectif.

Comment distinguer les cas où l'individu n'a qu'un droit-reflet de ceux où il possède de véritables droits subjectifs ?

Au point de vue formel la distinction est très facile à établir. Ici l'existence d'un moyen de protection reconnu à l'individu suffit pour élever un intérêt à la hauteur du droit.

Pourtant le criterium formel est fort insuffisant. Dans les cas douteux c'est précisément la question que le juge doit se poser : la particulier a-t-il un moyen juridique, une action en justice ? A cette question la réponse, au point de vue formel, est une véritable *petitio principii*. Il n'y a pour échapper à ce cercle vicieux qu'un seul moyen. A notre avis, et ici nous ne faisons que nous ranger du côté des auteurs cités plus haut, il faut dire que l'on est en face d'un droit-reflet toutes les fois que la loi ne reconnaît pas de propos délibéré, mais rencontre accidentellement un intérêt individuel. Au contraire, l'intérêt protégé constitue un véritable droit subjectif au profit d'un particulier toutes les fois que cet intérêt est le but visé directement par la loi.

C'est le criterium purement matériel, substantiel, comme dit M. Démogue. A ce point de vue le cercle des droits subjectifs est beaucoup plus large qu'il ne l'est au point de vue formel. M. Jellinek appelle les droits qui appartiennent au premier domaine : droits subjectifs matériels, les seconds : droits subjectifs formels.

Remarquons encore, pour finir avec cette discussion sur la nature du droit subjectif, que nous rechercherons dans le droit public surtout ces droits subjectifs matériels, c'est-à-dire les intérêts individuels reconnus implicitement et propres à être érigés par le législateur à la hauteur de véritables droits subjectifs. Notre travail sera donc un travail *de lege ferenda* et non pas *de lege lata*.

CHAPITRE V

LA NOTION DU DROIT SUBJECTIF PUBLIC

Il est certain que la notion du droit subjectif, qui est une notion juridique générale, doit présenter dans le droit public des caractères différents de ceux qu'elle possède dans le droit privé. Cette différence des caractères pour les droits subjectifs provient de la distinction du droit objectif en droit public et en droit privé.

I

Cette distinction est-elle fondée et en quoi consiste-t-elle? Certains auteurs la nient tout simplement. Le droit est toujours le droit, disent-ils, quand il régit les rapports que l'on appelle publics aussi bien que quand il s'occupe des rapports privés. Il s'adresse toujours aux individus, les seules réalités existantes, et cela, en vue de déterminer leurs actions. Si les actions des hommes ont des conséquences

différentes quant à leur étendue et leur durée, suivant la position que l'homme peut occuper dans une société, cela ne provient aucunement d'une qualité spéciale de la norme, mais de la différence de fait qui existe entre les individus. La norme qui s'adresse au souverain, au gouvernant, est une norme générale, identique à celle qui s'adresse au même individu dans les rapports de sa vie privée.

Cette norme est une règle générale et toujours identique par sa nature. Elle peut avoir des applications différentes, mais ces applications, comme des faits postérieurs, ne peuvent avoir aucune influence sur le caractère de la règle.

De leur point de vue ces auteurs ont raison. Si l'on n'envisage que la norme, la distinction entre le droit public et le droit privé n'existe pas. Il est impossible d'établir une différence quelconque qui trouvera son fondement dans la nature intrinsèque de la norme. Toutes les normes naissent de la même façon et leur contenu est identique.

En effet, y a-t-il quelque différence essentielle entre la création des lois qui réglementent la vie publique et des lois qui régissent les droits privés ? Quant au contenu, il est, comme nous l'avons dit, toujours le même : un ordre, un impératif.

Cette qualité neutre des normes a été remarquée depuis longtemps. Binding affirme que toute norme est publique, et que pour cette raison, il est impossible d'établir une distinction quelconque en se basant exclusivement sur la

nature intrinsèque des normes (1). La conclusion de Bernatzik est encore plus exacte. La règle de droit, dit-il, n'appartient, à vrai dire, ni à l'un ni à l'autre domaine du droit, son caractère n'est ni privé ni public (2). »

C'est absolument vrai. Pourtant cela ne prouve pas que la distinction n'existe pas, mais seulement que cette distinction ne devrait pas et ne pourrait pas être établie d'après la nature des normes. Au lieu d'envisager la norme en elle-même, inerte, à l'état latent, il faut l'observer quand elle entre dans la vie. C'est du reste à ce moment qu'elle devient intéressante pour la science. Or, le propre de la norme en activité est de régir les rapports de la vie, donc ses qualités doivent être établies d'après les caractères différents de ces rapports. C'est pourquoi toutes les distinctions théoriques, entre le droit public et le droit privé sont basées sur la différence des rapports ordinaires de la vie que le droit régit. Mais au lieu d'une distinction théorique, il en existe plusieurs ; c'est que les rapports juridiques diffèrent selon les points de vue d'où on les observe, et que, dans chaque rapport, il y a plusieurs éléments principaux qui peuvent servir de criterium.

Quel est ce criterium qui nous permettra d'établir une première distinction entre le droit public objectif et le

(1) Binding, *Normen*, I, p. 144.

(2) Bernatzik, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, p. 2, n° 1.

droit privé objectif et par voies de conséquences, une seconde entre le droit public subjectif et le droit privé subjectif? Il existe de nombreuses théories concernant cette question. Nous passerons en revue les principales, les plus typiques, et nous nous efforcerons d'en dégager une formule exacte et applicable.

1. D'abord on peut distinguer le droit public du droit privé d'après le caractère de l'intérêt protégé. Le droit public serait l'ensemble des normes qui régissent les rapports où il s'agit d'un intérêt public, le droit privé s'occuperait, par conséquent, des rapports où sont engagés les intérêts particuliers. Cette théorie, déjà formulée par les Romains (1) est ressuscitée dans le temps moderne par Savigny.

Il n'est pas étonnant de voir les auteurs utiliser ce criterium objectif pour le problème du droit subjectif public.

Dans le droit subjectif, dit Layer, nous découvrons deux éléments : un intérêt et une volonté qui réalise cet intérêt. La nature de la volonté (« commandante » ou non) ainsi que la nature du sujet qui l'exerce, ne peuvent pas nous renseigner sur la nature spéciale du droit subjectif. Pour cela il faut s'adresser au second élément,

(1) Ulpianus : « Publicum jus est quod ad statum rei Romanæ spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem ; sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim ». (L. I, § 2, D. de J. et J. I).

l'intérêt. « Si la volonté, dit Layer, a un intérêt public à réaliser, le droit subjectif est un droit subjectif public; si l'intérêt à réaliser est un intérêt privé, nous sommes en présence du droit subjectif privé ». Layer veut démontrer qu'il est très facile d'appliquer sa définition. Il peut exister, dit-il, trois groupes des droits subjectifs publics : ceux de l'Etat et des personnes morales publiques sur leurs membres, ceux des particuliers contre l'Etat et les personnes morales publiques et enfin les droits publics que les particuliers possèdent entre eux (1).

Les pouvoirs que l'Etat possède sur ses membres sont des droits subjectifs, cette opinion est presque généralement admise, dit Layer. Mais ces droits subjectifs sont-ils publics? Certainement, répond notre auteur. Les devoirs de l'Etat et des autres personnes morales publiques consistent à satisfaire les intérêts publics. Les droits qu'on leur confère dans ce but doivent forcément être les droits subjectifs publics.

La chose est plus difficile quand il s'agit des droits que possèdent les membres d'une collectivité vis-à-vis cette collectivité : car du moment qu'il s'agit de droits individuels, il paraît tout naturel qu'à leur base se trouve un intérêt individuel. Ceci n'est vrai qu'en partie; il est certain qu'à côté de l'intérêt individuel se trouve un intérêt général public. Si l'on admet que toute l'activité publique de l'Etat

(1) *Principien des Enteignungsrechtes*, p. 334 et suiv.

sert l'intérêt public, il n'est pas logique d'affirmer que le droit des individus sur une partie de cette activité leur soit conféré dans l'intérêt particulier. La chose est facile à voir à propos du droit à la protection juridique (*Rechtschutzanspruch*), qui est un droit public conféré dans l'intérêt public, bien que destiné souvent à protéger les intérêts privés.

Enfin les particuliers peuvent être chargés de réaliser les intérêts publics. Ainsi s'explique le pouvoir d'expropriation conféré aux compagnies privées. Il ne s'agit pas ici de l'exercice par un particulier d'un droit de l'Etat. Dans ce droit l'Etat est sujet de l'intérêt, mais le particulier est le sujet de la volonté. Le droit n'appartient pas toujours au sujet de l'intérêt, comme le pense Bernatzik. Il peut aussi appartenir au sujet de la volonté. C'est surtout le cas lorsque le sujet de l'intérêt est une collectivité qui ne possède pas la personnalité, et par conséquent qui ne peut être sujet de droit. Le droit ne peut pas appartenir au sujet de l'intérêt, puisque ce sujet est incapable de posséder le droit; il appartient donc nécessairement au sujet de la volonté.

Il nous semble que cette définition du droit subjectif public est vague et confuse. Il est impossible que l'intérêt d'un droit subjectif ne soit pas un intérêt particulier. Qui dit droit individuel (subjectif) dit intérêt individuel. Les droits subjectifs ont toujours à réaliser les intérêts de leurs titulaires. Les droits subjectifs des particuliers sur

une portion de l'activité étatique ont bien pour objet une obligation portant sur l'activité de la personne collective. Néanmoins cette activité, dépendant du pouvoir individuel, s'exerce principalement dans l'intérêt individuel qui réalise par conséquent un intérêt privé.

Ce criterium matériel est aussi dangereux, à cause des conséquences auxquelles il peut aboutir. Les conclusions d'un juriste italien, M. Dante Majorana (1), en sont un exemple.

D'après cet auteur le droit subjectif est une sphère d'activité assignée par l'organisation juridique comme pouvoir ou comme devoir à un sujet.

Or, comme par définition même, l'intérêt public se confond avec l'intérêt collectif, il ne peut exister dans le droit public d'après M. Majorana lui-même, d'autre sujet des intérêts et par conséquent des droits que l'État ou ses organes. Par là même on met en dehors de la notion du droit subjectif public tous les droits individuels dont le contenu est constitué par une obligation positive ou négative de l'État en vue de la satisfaction d'un intérêt individuel. Les droits de libertés qui sont les droits individuels publics par excellence, aussi bien que les droits aux services publics et à la protection juridique de la part de l'État, sont rangés par M. Dante Majorana dans la catégorie des droits subjectifs privés.

(1) La notion du droit subjectif public trad. fr. dans *Recueil de législation de Toulouse*, deuxième série, 1906, p. 1-72.

Dire que ces deux catégories des droits individuels sont identiques en tous points aux droits privés, c'est à notre avis, créer un état de chose non seulement artificiel, mais aussi dangereux. Les droits que possède un particulier vis-à-vis de l'Etat, puissance publique, ne peuvent pas être traités de la même façon que les droits qu'il possède vis-à-vis d'un autre particulier. Le contenu des premiers est formé par une obligation de la puissance souveraine, fait qui change, et beaucoup, la nature du droit lui-même. En effet, peut-on admettre pour ces droits les mêmes formes d'acquisition qu'on admettra pour les droits privés ordinaires? Peut-on les laisser à la libre et entière disposition du titulaire, de façon à ce qu'il puisse les mettre dans le commerce et les vendre en totalité? Assurément non. Il est donc certain qu'ils se distinguent des droits privés et que la définition qui nie cette distinction juridique est fausse et insuffisante.

2. On a essayé d'établir la différence entre le droit public et le droit privé d'après la nature des sujets qui se trouvent ici dans le rapport juridique. Ce criterium consiste à dire que le droit est public lorsqu'un des sujets est l'Etat ou un groupement analogue, par exemple la commune. Le rapport est au contraire de droit privé lorsque le sujet du droit est un simple particulier.

M. Tourniol du Clos emploie cette distinction pour établir la différence entre le droit subjectif public et le droit subjectif privé. Il admet bien l'existence du droit

subjectif public, mais il n'entend pas par là les droits dont l'objet serait extrapatrimonial et différerait du contenu des droits subjectifs ordinaires, il a en vue les droits patrimoniaux dont le sujet actif ou passif est une personne morale publique et qui grèvent ou accroissent un patrimoine administratif. « Les droits subjectifs publics, dit-il, dont nous reconnaissons l'existence, ne se distinguent donc que par la qualité d'un de leurs sujets, nullement par leur contenu (1). »

Ce criterium, qui est excessivement simple, est inadmissible, parce qu'il aboutit à des résultats qui sont nettement inacceptables. Car les personnes publiques peuvent être indifféremment dans les rapports publics ou dans les rapports privés. Bien souvent l'Etat même est dans une situation exactement semblable à celle d'une personne privée; c'est ce qui se produit lorsqu'il est à la tête d'une entreprise de transport, comme cela existe actuellement en France. Dans cette hypothèse, il est assimilé à un particulier et soumis à la même responsabilité. Même solution pour son domaine privé. A l'inverse, on peut trouver des rapports de droit public où le sujet de droit est un simple particulier. Prenons par exemple les élections. Le sujet du droit de vote est un simple particulier et cependant le rapport qui existe est bien par sa nature un rapport de droit public.

(1) *Essai sur le Recours pour excès de pouvoir*, thèse de doctorat. Paris, 1903, p. 16.

3. *Criterium de la sanction.* — De l'avis de Thon (1) le criterium de la distinction résiderait dans la sanction ou plus exactement dans la détermination de l'autorité qui mettra en mouvement la justice, lorsque le droit aura été violé.

Supposons qu'une norme protégeant les intérêts individuels ait été violée. Les conséquences juridiques peuvent ressortir de cette violation des deux façons différentes. D'abord à la demande de l'individu lésé et seulement à sa demande. Dans ce cas, la réalisation de l'ordre contenu dans la norme est laissée à l'initiative et à la libre disposition de l'individu protégé. Le droit objectif a créé un moyen juridique pour la protection du droit, mais, ce qui est le principal, l'individu a la pleine liberté d'utiliser ou de ne pas utiliser ce moyen. Cette possibilité de poursuivre laissée à l'individu lui confère un droit subjectif.

Le droit privé, dit Thon, est composé des normes, dont la réalisation est toujours laissée à la libre disposition des individus protégés. La possibilité pour l'individu de poursuivre en justice, la libre disposition du moyen de protection juridique est donc toujours un droit subjectif privé.

Si, au contraire, l'individu protégé est impuissant à faire quoi que ce soit en cas de violation de la norme, si en vertu du droit objectif, ce sont les organes de l'Etat qui ont le devoir d'intervenir d'office pour faire supporter

(1) *Op. cit.*

au délinquant toutes les conséquences juridiques de son acte, nous ne sommes plus, d'après Thon, en présence d'un droit subjectif des individus, mais des droits publics de l'Etat.

Le droit public comprend l'ensemble des normes dont l'exécution est laissée à l'initiative de l'Etat, c'est-à-dire des organes étatiques.

Il paraît étrange de vouloir chercher les caractéristiques des rapports juridiques dans les différentes manières dont ils sont sanctionnés. Dans le chapitre V, nous avons dit ce que nous pensions de cette conception du droit subjectif. Ici, nous nous bornerons à examiner la distinction que Thon établit entre les droits publics et les droits privés. Et tout d'abord, il faut constater que cette libre disposition de la contrainte, laquelle, d'après Thon, serait le trait caractéristique du droit subjectif privé, se retrouve aussi, et dans une large mesure, dans le droit public. Car les organes étatiques n'interviennent pas d'office pour la réalisation de toutes les normes du droit public. Les règles juridiques garantissant le droit de vote, l'emploi des services publics, la protection des citoyens de la part de l'Etat etc., créent de véritables droits subjectifs et en cas de violation de ces droits laissent la poursuite en justice à la libre disposition de leurs titulaires. La même chose est à constater en cas de violation de la liberté individuelle par les actes illégaux des pouvoirs publics. La poursuite en justice est laissée à la libre dis-

position de l'individu lésé. S'il ne porte pas plainte, ou s'il la retire, la violation de la liberté restera impunie.

Enfin, même le droit subjectif privé, compris à la façon de Thon, montre l'inexactitude de sa théorie. En effet, ce droit à poursuivre en justice, ce droit à la protection juridique, est un droit public et non un droit privé. N'est-il pas dirigé contre la puissance publique elle-même?

Au surplus, il devrait résulter logiquement de la théorie de Thon, que les particuliers ne peuvent posséder de droits subjectifs sur le terrain du droit public. En effet ne définit-il pas le droit public comme l'ensemble des normes, dont l'exécution est laissée à l'initiative de l'Etat, et d'où l'initiative individuelle est exclue? Le droit subjectif d'après Thon est justement cette initiative individuelle dans la poursuite en justice, cette disposition libre de la contrainte. Si dans une branche juridique il n'y a d'initiative que pour un sujet, il n'y aura de droits subjectifs que pour ce sujet. Thon ne devrait admettre l'existence des droits subjectifs publics qu'en faveur de l'Etat ou des organes étatiques.

Pourtant, il en admet l'existence aussi en faveur des particuliers.

Les objets de ces droits peuvent être constitués par les différentes obligations des autorités publiques : celle du juge d'assurer la protection juridique, celle de l'autorité administrative compétente de délivrer les brevets d'inven-

tion, celle de l'autorité militaire d'exempter dans les cas déterminés du service militaire. L'action, le recours administratif, les plaintes devant les autorités compétentes, dit Thon, sont les moyens de protection de ces droits. Cette manière de voir, on s'en rend facilement compte, est en contradiction absolue avec son point de départ, avec sa définition du droit public.

4. Le vrai criterium doit être cherché dans la nature du rapport protégé par le droit, dans le contenu de ce rapport. Le rapport juridique appartient au droit public quand ce contenu concerne l'exercice de la puissance publique. Le pouvoir que l'individu possède sur l'Etat, puissance publique, est donc un droit subjectif public. Comme le dit O. Mayer, et sa définition est pleinement acceptable : le droit subjectif public est un pouvoir juridique individuel sur l'exercice de la puissance publique (1).

C'est aussi ce pouvoir sur l'exercice de la puissance publique que M. Jellinek admet, sous le nom de *Wollenkönnen*, comme caractéristique des droits subjectifs publics.

Le droit objectif, dit Jellinek, peut prendre deux attitudes différentes à l'égard de l'élément formel, la volonté individuelle. Il peut simplement reconnaître comme juridiques certaines de ses facultés naturelles, sans y ajouter aucune capacité nouvelle. Quand l'organisation

(1) *Le droit administratif allemand*, éd. franç., t. I, p. 140.

juridique de la vie privée se propose de réglementer les rapports économiques entre les individus, elle n'a pas l'intention de fournir quelque élément nouveau, à la libre et naturelle activité de l'homme. Ces rapports, qu'elle a rendus juridiques, ont existé longtemps auparavant comme rapports de la vie ordinaire. L'organisation juridique ne fait que déclarer que certaines actions individuelles, appartenant à son activité naturelle, sont permises, c'est-à-dire elle autorise juridiquement l'individu à employer cette activité dans certaines directions. Elle ne crée donc aucune faculté nouvelle, elle reconnaît seulement ce qui existe. L'ensemble des facultés individuelles ainsi reconnues appartient à la catégorie des pouvoirs que l'individu possède par nature et que le droit se borne à reconnaître. (*Dürfen* juridique).

Mais le droit objectif peut ajouter à la volonté individuelle quelque chose de nouveau qu'elle ne possède pas de sa nature. L'individu, grâce à ses capacités naturelles peut prendre à son gré toutes dispositions concernant sa fortune après sa mort ; ces dispositions ne constitueront un testament que grâce au droit objectif. La capacité d'élire les organes de l'État est également créée par le droit objectif. Car les actions ordinaires : se rendre à la salle de vote, remplir un bulletin, etc., ne constituent pas les éléments d'un droit quelconque. Ici le pouvoir juridique de l'individu consiste dans la faculté de réclamer à l'État qu'il le reconnaisse comme électeur. Ces capacités n'appar-

tiennent pas à la catégorie des facultés naturelles de l'individu. Créées par l'organisation juridique et conférées à l'individu, elles constituent les contenus des droits subjectifs publics, les *Können* juridiques.

Sur le terrain du droit privé, on constate toujours un *Dürfen*. Mais une faculté naturelle n'est jamais accordée si l'État ne déclare pas vouloir la protéger le cas échéant. Le *Dürfen* est donc accompagné toujours d'un *Können*.

Le droit subjectif public consiste au contraire dans la capacité de mettre en mouvement l'activité étatique pour la protection des intérêts individuels. Cette capacité n'est pas une capacité naturelle de l'individu. Elle est créée et conférée par l'Etat. Le droit subjectif public d'après son côté formel consiste toujours en un *Können*.

M. Jellinek fonde sur cette différence entre le *Können* et le *Dürfen* toute la différence *formelle* entre le droit subjectif public et le droit subjectif privé. Ce dernier, dit-il, consiste toujours en un *Dürfen* accompagné d'un *Können*. Le droit subjectif public au contraire consiste exclusivement en une faculté créée et conférée par l'Etat, donc en un *Können*.

L'élément matériel des deux droits est pourtant le même : l'intérêt. Mais en vertu de la distinction formelle les intérêts se différencient aussi. Le droit subjectif public est par suite un intérêt protégé seulement par un *Wollenkönnen*, le droit subjectif privé un intérêt pour la

réalisation duquel existe un *Wollendürfen* à côté d'un *Wollenkönnen* (1).

G. Meyer (2) exprime des idées identiques. Les droits subjectifs publics, dit-il, sont les droits que les particuliers possèdent non pas en tant qu'individus, mais en tant que membres de la collectivité étatique. Ils ont pour l'objet une abstention ou une action de la puissance publique.

Pour déterminer la nature du droit subjectif Stengel a commencé également par déterminer la nature du rapport de droit public. Ici, dit-il, l'individu est en rapport avec l'Etat, puissance publique. C'est donc un rapport de subordination, où les qualités des sujets jouent le premier rôle. Le sujet actif est l'individu en tant que membre, partie de la collectivité, le sujet passif est l'Etat, la collectivité exerçant la puissance publique. L'objet du droit ne peut consister qu'en une obligation de volonté de l'Etat, en une abstention ou une action positive de la puissance publique. L'exemple de l'abstention est donnée par les droits de liberté, l'exemple de l'action positive, par les droits à la protection juridique.

La même définition est acceptée en France par M. Barthélemy (4), qui, à la suite de M. Jellinek, définit le droit

(1) *System*, p. 57.

(2) *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, p. 27 et suiv.

(3) *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, p. 177 et suiv.

(4) *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, thèse de Toulouse, 1899.

subjectif public comme une capacité du sujet de mettre en mouvement la puissance étatique pour la protection de ses intérêts personnels.

Pourtant cette définition ne concerne que l'élément formel du droit subjectif. Quant à l'élément matériel, l'intérêt, on peut dire qu'il ne fournit pas un criterium bien tranchant. Du reste ce criterium ne peut pas être trouvé dans la nature de l'intérêt, puisque le droit individuel a toujours pour contenu un intérêt individuel. Il faut le chercher plutôt dans les motifs qui ont déterminé l'organisation juridique à reconnaître et à protéger l'intérêt individuel.

Néanmoins, il faut le dire de suite, aucun intérêt individuel n'est reconnu, si l'intérêt collectif ne l'exige pas. Pas d'intérêt particulier qui ne touche à l'intérêt général. Seulement ce rapport entre l'intérêt particulier et l'intérêt collectif peut être plus ou moins étroit. C'est pourquoi on peut dire que l'intérêt individuel contenu dans le droit subjectif privé est reconnu et protégé par des raisons qui touchent surtout l'individu, tandis que l'intérêt du droit subjectif public est reconnu et protégé pour des raisons qui touchent surtout la collectivité.

On pourrait donc donner une définition complète du droit subjectif public en le désignant comme un pouvoir juridique sur la puissance publique conféré à l'individu principalement dans l'intérêt public et pour la protection de ses intérêts particuliers.

Pour les recherches *de lege ferenda* l'élément matériel est prépondérant, pour les recherches *de lege lata*, c'est l'élément formel qui l'emporte.

CHAPITRE VII

L'ÉNUMÉRATION DES DROITS SUBJECTIFS PUBLICS

Quels sont les droits qui appartiennent aux particuliers au regard de l'Etat? La théorie classique française les partage ordinairement en deux groupes : droits de liberté ou droits individuels publics et droits politiques (1). Dans le premier groupe sont rangés les droits d'égalité et les droits de liberté. Le droit d'égalité, défini en principe par l'article 4 de la déclaration de 1789, se présente dans ses variations comme l'égalité devant la loi, l'égalité devant la justice et l'égalité devant les charges publiques.

La liberté définie par l'article 4 de la déclaration est le principe d'où sont tirés plusieurs droits spéciaux : la liberté individuelle, la propriété, l'inviolabilité de profession, de commerce, la liberté de la presse, etc.

Ces droits de première catégorie, sont considérés

(1) V. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, 2^e édit.; Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, etc.

comme de véritables droits publics. Ce sont ces droits que l'on appelait au XVIII^e siècle droits civils, et que Rossi désignait sous le nom de droits sociaux ou de droits publics. On les oppose, dans la théorie française, aux droits politiques proprement dits qui consistent en une participation au pouvoir public, comme le droit de vote. Cette opposition, dit M. Esmein, n'est pas purement formelle, elle a des conséquences juridiques. Les droits de la première catégorie appartiennent à tous les individus quels que soit leur âge, leur sexe, leur incapacité de fait ou même leur indignité. Au contraire, les droits politiques n'appartiennent qu'à ceux à qui l'État a bien voulu conférer ces droits. Ainsi les femmes et les mineurs sont privés de droit de vote dans la plupart des pays constitutionnels.

Cette classification française a sa source dans la Déclaration des Droits. Elle partage par conséquent la gloire de ce document historique aussi bien que les critiques justifiées qui lui sont adressées. Ainsi, comme nous l'avons vu plus haut, l'individualisme du XVIII^e siècle n'a pu concevoir que les obligations négatives de l'État. Les droits individuels publics de la théorie française présentent donc un caractère commun : ils limitent les droits de l'État, mais ne lui imposent aucun service positif.

Ainsi, un des célèbres publicistes français, M. Esmein, ne veut pas classer parmi ces droits, les droits à l'assistance, à l'instruction, au travail et, en général, à n'importe quelle obligation positive de l'État. Cette obligation peut, dit

M. Esmein, tout au plus être considérée comme un devoir moral de l'État. En tout cas elle ne pourrait constituer un droit propre de l'individu. Si l'on faisait autrement, on s'écarterait de la notion même des droits individuels publics, qui consistent en un libre développement laissé par l'État à l'individu et non pas en une intervention de l'État en faveur de l'individu (1).

Ces restrictions rejetant hors du cadre des Droits subjectifs publics les droits à l'action positive de l'État, sont peu compatibles avec la nature de l'Etat moderne, avec le développement prodigieux de ses compétences et de son rôle civilisateur. Aussi est-ce pour cela que les auteurs modernes abandonnent sur ce point la Déclaration et font rentrer dans leurs systèmes les droits que M. Esmein ne veut pas qualifier de droits subjectifs publics. Notre professeur et éminent maître M. Larnaude affirme que l'individu peut avoir dans l'ordre du droit public trois grandes catégories de droits : droits politiques, droits publics individuels et droits socialistes. La première et la deuxième catégorie s'identifient avec les deux groupes de la théorie classique. La troisième, au contraire, présente une innovation. Ce sont, dit M. Larnaude, les droits au service de l'Etat. Ce service demandé à l'Etat peut être très différent : l'assistance publique, la protection des nationaux à l'étranger, la protection juridique à l'intérieur, etc. (2).

(1) Esmein, *op. cit.* p. 486.

(2) M. Larnaude à son cours de 1909-10.

¹ La même tendance se rencontre chez M. Hauriou (1). Les droits subjectifs publics sont dans son système plutôt des statuts, c'est-à-dire des situations juridiques dans lesquelles sont placés les citoyens envers l'administration. Ces statuts consistent en aptitudes, en possibilités d'exiger quelque chose de l'Etat. D'après M. Hauriou il y a trois statuts différents : statuts de liberté, d'égalité et de fraternité. Il fait rentrer dans le statut de liberté les droits politiques et toutes les libertés individuelles ; dans le statut d'égalité, les droits d'égalité que nous avons vus précédemment, en parlant de la théorie classique, et enfin dans le statut de fraternité, les aptitudes à profiter des services publics de l'Etat.

Le système de M. Hauriou ressemble fort à celui de M. Jellinek. Tous deux, considèrent les droits subjectifs publics comme provenant des statuts légaux, des situations juridiques dans lesquelles peuvent se trouver les citoyens vis-à-vis de l'Etat.

Les droits subjectifs publics, d'après Jellinek (2), consistent en capacités spéciales conférées par l'Etat aux particuliers. L'ensemble de ces capacités forme la personnalité juridique du citoyen. Cette dernière est donc *juris publici*. Pourtant elle n'est pas un droit. Le droit c'est « avoir », la personnalité, c'est « l'être ».

(1) *Principes de droit public*, p. 558 et suiv.

(2) *System*.

La personnalité n'est pas une qualité toujours constante. Elle peut être élargie ou rétrécie par une loi ou par un autre acte de l'Etat. Pourtant l'égalité ne signifie pas une possession égale des droits ou de la capacité juridique, mais seulement qu'un individu ne peut pas, dans les mêmes conditions objectives et subjectives posséder une personnalité plus large qu'un autre individu. Toutes les luttes sociales de temps modernes ont eu pour but l'élargissement de la personnalité juridique.

En reconnaissant ces différents degrés de la personnalité l'Etat met l'individu dans la situation différente, tantôt plus favorable, tantôt moins.

Ces nombreuses positions dans lesquelles se trouve l'individu vis-à-vis de l'Etat, sont appelées par M. Jellinek des statuts, des états juridiques. Les prétentions (*Ansprüche*) provenant de ces statuts sont ce qu'il appelle les droits subjectifs publics.

M. Jellinek trouve quatre états, quatre statuts, dans lesquels l'individu peut se trouver en face de la puissance publique et il utilise cette division en statuts pour faire un système des droits subjectifs publics.

D'abord l'individu se trouve dans un rapport de complète soumission à la puissance publique, rapport d'où la liberté et la personnalité sont exclues. C'est le *statut passif* d'où, il est superflu de le dire, ne sort aucun droit subjectif public.

Mais la puissance publique est pourtant une puissance

qui s'exerce sur les individus libres, sur les personnes et non pas sur les esclaves. Le citoyen possède donc un état, un statut, où il est maître, une sphère d'activité indépendante de l'Etat, une sphère au seuil de laquelle s'arrête la puissance de cet Etat. C'est le *statut négatif*, *status libertatis*. De ce statut proviennent les droits de liberté.

Toute l'activité étatique s'exerce dans l'intérêt des individus. Mais quand l'Etat confère à l'individu un pouvoir juridique d'exiger une action positive, de profiter de ces institutions, il lui reconnaît par là un *statut positif*, *status civitatis*.

Enfin, l'activité étatique n'est autre chose que l'activité de certains individus. Lorsque l'Etat reconnaît à un individu le droit d'agir pour lui, il place cet individu dans le *statut actif*. Ce statut autorise l'individu à exercer ce que l'on appelle les droits politiques.

On a formulé des critiques assez fondées contre cette théorie des statuts et même contre certains droits subjectifs que M. Jellinek y fait entrer. M. O. Meyer objecte que la théorie des statuts est trop subtile et trop philosophique, sans pouvoir rendre un service pratique réel. M. Tezner est du même avis.

Ce dernier ajoute que, même d'après Jellinek, chaque individu dans l'Etat moderne possède tous les statuts sauf le statut actif. C'est là, dit-il, une source de confusion et la théorie du statut perd par là sa signification pratique.

De l'autre côté, si l'on établit qu'un homme se trouve

dans un statut quelconque, on ne s'en trouve guère plus avancé. On ne peut pas savoir quel droit subjectif appartient au juste à cet individu, car être dans un statut veut dire, pouvoir posséder tous les droits subjectifs publics qui en dérivent.

Il nous semble que le meilleur moyen de faire une exacte classification des droits subjectifs publics est celui qui est désigné par la technique juridique, c'est-à-dire d'après la nature du contenu de ces droits.

Le contenu général du droit subjectif public est un pouvoir de l'individu sur la puissance publique. Ce contenu général peut varier dans les applications particulières. Pour déterminer ces variations multiples, c'est-à-dire ces pouvoirs spéciaux des individus vis-à-vis de l'Etat il faut rechercher en quoi peut consister cette puissance de l'individu sur le pouvoir public. Toute l'activité d'une personne se réduit à deux catégories de fonctions : agir, s'abstenir d'agir. Cette affirmation vaut pour l'activité de l'Etat aussi bien que pour celle de l'individu. Les contenus multiples des droits publics individuels se réduisent donc en catégories correspondantes. L'individu peut faire reconnaître par l'Etat : 1° son droit d'agir, droit à une action positive ; 2° de ne pas agir, s'abstenir de chaque action ; 3° de réclamer à l'Etat une action positive ; 4° de lui réclamer une abstention (1).

(1) V. cette classification chez Kollesberg, *op. cit.*, p. 79 et suiv.

Les droits de la première catégorie autorisent l'individu à agir vis-à-vis de l'Etat. Cette activité n'est point indifférente pour l'Etat. C'est une activité qui a l'Etat pour objet ; elle touche à ses intérêts, à son organisation, etc. Quand l'individu par le droit de vote prend part à la désignation des organes étatiques ou bien quand il change de nationalité, grâce à son droit public, c'est la vie étatique qui en est directement touchée. L'Etat est ici obligé, par le droit objectif de tolérer ces actions de ses sujets.

La deuxième catégorie des droits publics autorise les individus à ne pas agir pour l'Etat, se tenir dans l'abstention. Ces droits sont, dit M. Dantscher von Kollesberg, plutôt des privilèges, dont la théorie ne s'est pas encore préoccupée. Ils consistent en exemption des services réels et personnels que l'individu doit à l'Etat.

Le service militaire, le devoir d'accepter les fonctions honorifiques dans les communes, d'être tuteur, etc., constituent les services personnels ; le devoir de payer les impôts, les taxes, et de recevoir les troupes en cantonnement, etc. constituent les services réels. D'après M. v. Kollesberg, toutes les exemptions de ce devoir constituent les droits publics des personnes privilégiées.

Les droits de la troisième catégorie ont pour contenu une action positive de la part de la puissance publique. L'individu a le droit de demander à l'Etat d'agir pour lui, par *dare* ou *facere*. L'organe compétent est obligé de satisfaire à cette demande et ne peut pas la refuser ; au droit

de l'individu correspond une obligation concrète de l'État. Il y a pourtant des cas où l'organe étatique est obligé d'entreprendre une action dans l'intérêt public, sans qu'à cette action corresponde un droit public du sujet. Nous sommes ici en présence du reflet de droit.

Enfin d'après les droits de la quatrième catégorie, l'État doit s'abstenir de certaines actions envers ses citoyens, les individus ont un droit à la reconnaissance d'une sphère d'activité juridique libre et inviolable. L'État, conformément à ces droits, ne peut réclamer à ses sujets que ce qui lui est permis de demander par les lois positives. Ce sont les droits de liberté ou droits fondamentaux.

II

Le contenu des pouvoirs juridiques des droits subjectifs publics de la première catégorie consiste, avons-nous dit, en une activité du sujet de droit, laquelle, loin d'être indifférente à l'État, la touche directement, l'affecte dans un de ses éléments.

Ainsi le *droit de sortir de l'État* d'une façon définitive par le changement de la nationalité affecte directement l'élément peuple, lui fait perdre un de ses membres. On ne peut pas concevoir une action juridique du sujet par laquelle serait touché un autre élément de l'État, le terri-

toire. Le citoyen d'un Etat peut vendre sa propriété, son immeuble à un étranger, ou même à un autre gouvernement, cela n'empêcherait pas que la puissance publique de son Etat sur l'immeuble reste ce qu'elle a été avant la vente. L'immeuble continue de faire partie intégrante du territoire de cet Etat, et à être soumis à sa souveraineté, à sa législation et à son administration (1).

Le droit d'expatriation est reconnu actuellement dans les pays civilisés à tous les citoyens et cela par les constitutions, ce qui lui donne le caractère d'un droit fondamental. Dans l'Etat absolu au contraire pour sortir d'un Etat il fallait demander un permis spécial au pouvoir public, et même souvent payer de fortes sommes sous forme de taxes d'émigration, *gabella emigrationis* (2).

Il est pourtant naturel, que même dans l'Etat moderne, l'exercice de ce droit soit limité par certains devoirs envers l'Etat, surtout par l'obligation militaire. D'autre part certains citoyens qui sont avec l'Etat dans un rapport spécial, comme les fonctionnaires, ne peuvent profiter de ce droit avant de s'être libérés des obligations que leur impose leur situation spéciale.

2) Les plus importants des droits qui entrent dans cette première catégorie sont, sans doute, les droits qui appartiennent aux organes de l'Etat envers ce dernier. Les

(1) Kollesberg, *op. cit.*, p. .

(2) *Ibid.*, p.

droits du monarque, des chefs d'Etat, les droits des fonctionnaires et les droits des électeurs, consistent certainement en une action positive que ces personnes peuvent entreprendre, et qui est de première importance pour l'Etat.

Pourtant l'existence même de ces droits soulève plusieurs objections. D'abord, dit-on, la nature même des organes, leur position dans l'Etat ne permet point qu'il y ait un rapport juridique entre eux et l'Etat, et par conséquent qu'il y ait un droit subjectif quelconque. Pour comprendre le fondement de cette objection, il importe donc d'examiner la situation des personnes chargées d'agir au nom de l'Etat personne morale.

L'ancienne théorie — la théorie des fictions — considérait toutes les personnes morales comme des êtres fictifs et les relations entre elles et ses représentants comme relations entre personnes étrangères l'une à l'autre. Ces représentants seraient ou leurs mandataires ou leurs représentants légaux (dans le même sens que le tuteur est le représentant légal du mineur). C'était surtout l'idée de la représentation légale qui prévalait.

Le seul défaut logique de cette conception, dit fort bien M. Michoud, est qu'il est impossible de l'appliquer à l'Etat, à qui il faudrait déjà une volonté pour se nommer lui-même ce représentant (1).

(1) Michoud, *De la personnalité juridique*, t. I, p. 130 et suiv.

En face de cette théorie, les Allemands en ont imaginé une autre beaucoup plus subtile et élégante, plus exacte aussi, croit M. Michoud : la théorie de l'organe.

Entre la notion de l'organe et celle du représentant légal il y a, dit par exemple Laband, une différence spécifique : la qualité du représentant peut découler soit d'un acte juridique, soit de la loi ; la qualité de l'organe découle au contraire de la constitution même de la personne morale. Dans la représentation, il y a un rapport juridique entre deux sujets de droit, dont l'un agit pour l'autre ; les actes du représentant sont bien ses propres actes, mais on leur fait produire le même effet juridique que s'ils étaient ceux du représenté. Quand il y a organe, au contraire, c'est la personne juridique qui agit elle-même ; son organe n'est pas quelque chose qui soit distinct d'elle, il est une partie d'elle-même dont elle se sert comme la personne physique se sert de la bouche ou de la main.

De cette idée générale on déduit diverses conséquences. Il nous intéresse le plus celle d'après laquelle il résulterait de la notion ci-dessus exposée, que l'organe ne possède, comme tel, aucune personnalité distincte de celle de sa personne morale (C'est cette conséquence de la théorie de l'organe qui a la plus grande importance pour le problème des droits subjectifs publics des personnes jouant le rôle de l'organe).

« Il n'y a pas, dit Jellinek, deux personnalités en présence, celle de l'État et celle de l'organe, qui auraient entre elles

des rapports de droit quelconques ; l'Etat et l'organe sont une unité. L'Etat ne peut exister qu'au moyen de ses organes ; si l'on fait abstraction de ces derniers, il ne reste pas l'Etat support de ces organes, il ne reste qu'un néant juridique (1). »

L'organe, en tant que tel, n'ayant pas une personnalité morale, ne peut pas avoir des droits spéciaux distincts de ceux de la personne morale qu'il représente ou des autres organes de cette même personne. Une personne morale peut avoir plusieurs organes distincts. Il y a alors entre ces organes un partage d'attribution : chacun représente la personnalité morale dans un cercle d'actions déterminées et en dehors de ce cercle perd la qualité d'organe.

C'est cette qualité qui, d'après Schlosmann, devrait amener la négation absolue de tous les droits de la personne chargée du rôle d'organe envers la personne morale qu'elle représente (2). Ceux qui admettent cette théorie, devraient, d'après ce même auteur, admettre l'absorption complète de la personnalité de l'organe par celle de l'être collectif. Ils devraient aussi admettre l'impossibilité absolue de rapports juridiques entre l'organe et la personne morale qu'il représente. Si maintenant il n'y a pas de rapports entre deux sujets, il ne peut y avoir aucun droit subjectif.

(1) Jellinek. *Allgemeine Staatslehre*, p. 512.

(2) Schlosmann, *Organ und Stellvertreter*, dans *Ihering's Jahrbücher*, t. XLIV, 1902, p. 300-301.

A cette objection on a répondu et d'une façon, croyons-nous, définitive, que la théorie de l'organe consiste précisément dans la distinction entre l'organe comme tel, qui ne peut avoir ni rapport juridique avec l'être moral qu'il représente, ni droit subjectif contre lui, et la personne physique investie de la capacité d'organe qui peut au contraire avoir l'un et l'autre. L'organe collectif ou individuel n'est pas en tant qu'organe une personne distincte. Mais cette absence de personnalité de l'organe n'empêche cependant pas toujours que l'individu à qui appartient la qualité d'organe ne puisse avoir un droit subjectif. Si en effet, dit M. Michoud l'organe n'est pas distinct de la personne morale, l'individu qui en joue le rôle en est distinct ; il a, vis à vis d'elle, des droits et des obligations (1).

En dehors de cet argument contre l'existence des droits des organes tiré de la nature juridique des personnes chargées d'agir pour l'Etat, on en invoque un autre qui consiste à affirmer que la fonction d'organe ne contient pas la moindre parcelle d'un intérêt individuel quelconque qui pourrait donner naissance à un droit subjectif.

Les règles juridiques, affirme-t-on, déterminent quelles personnes et peuvent exprimer la volonté de l'Etat, ou participer à la création de cette volonté et sous quelles conditions. Ces règles juridiques sont édictées principalement dans l'intérêt de l'Etat, ce qui autoriserait à croire qu'elles

(1) Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 137.

ne peuvent avoir aucun rapport avec les intérêts particuliers. Au nom de quel intérêt individuel pourrait-on exiger ou justifier l'existence des règles concernant la fonction d'un parlement, d'un roi ou d'un président de la République?

Il est certain qu'aucun intérêt individuel n'est ici pris en considération, autrement, il faudrait abandonner le principe fondamental que les organes n'existent que pour l'Etat.

Or, s'il en était ainsi, il serait impossible, affirme-t-on, de trouver aucun droit des individus à la qualité d'organe, aucun droit à la fonction d'organe. L'existence des droits politiques *stricto sensu* serait juridiquement impossible. Tout ce que le sens commun se représente sur ce domaine comme droit subjectif, ne serait que purs reflets du droit objectif. Laband a tiré cette conséquence pour le droit de vote.

Pourtant nous croyons avec M. Jellinek (1), que ce second argument n'est pas mieux fondé que le premier. La conception de la nature réflexe de ces droits tombe d'elle-même, quand on examine la chose à fond.

Certes, quand un particulier exerce une fonction publique, il n'obtient par là aucun droit subjectif, mais simplement une compétence. (L'électeur, en désignant un membre du parlement n'agit pas comme individu indépen-

(1) *System*, ch. x, *Der aktive Status*.

dant, mais comme un organe de l'Etat. Voter c'est exercer une fonction publique, laquelle ne peut jamais être pouvoir subjectif d'un particulier).

Mais une question se pose ici : Par quels moyens l'Etat obtient-il la collaboration des personnes qui expriment leur volonté pour lui, la collaboration de ses organes ? Par la contrainte ou par l'autorisation. Le premier cas est celui des soldats, des jurés, etc. Dans le second cas, l'Etat confère à l'individu autorisé le droit, le pouvoir d'agir comme son organe. La sphère d'activité juridique de l'individu n'est pas limitée par une obligation, mais bien au contraire élargie par une nouvelle capacité juridique. Cette nouvelle capacité n'est pas un simple reflet du droit objectif, pour cette bonne raison qu'elle est accordée non seulement dans l'intérêt collectif, mais aussi dans l'intérêt particulier. En effet le bon exercice de la fonction n'est possible que si l'individu autorisé y trouve aussi son intérêt. Ce n'est qu'en consacrant et garantissant cet intérêt personnel que l'Etat peut éviter l'emploi de la contrainte dans le recrutement de ses organes.

C'est dans le droit du monarque que l'on aperçoit fort bien que derrière chaque fonction se cache un intérêt individuel. Aussi est-ce pour cela qu'il n'existe pas dans la littérature du droit public le moindre doute que le monarque possède un droit subjectif sur la position de l'organe suprême de l'Etat, un droit qui lui appartient en tant qu'individu et non pas en tant qu'organe. Ce

qui est vrai pour le monarque, l'est aussi pour les organes supérieurs dans les Républiques, aussi bien que dans les Démocraties directes. Mais le droit de vote n'est pas au fond différent de ces droits précédemment cités. Les procédés admis dans une constitution donnée pour organiser les pouvoirs publics par l'élection ont en effet pour objet de faire prévaloir dans le gouvernement les influences que les auteurs (conscients ou inconscients) de cette constitution ont voulu rendre prépondérantes. Si ces auteurs sont imbus de la théorie politique de la souveraineté du peuple, ils auront combiné les procédés de manière à assurer l'influence à la masse des citoyens, et non à une catégorie d'entre eux, à un individu ou à une famille. Le droit reconnu aux électeurs leur est donc reconnu dans leur propre intérêt pour qu'ils puissent faire triompher dans le gouvernement leurs idées et leur désir. Si l'on n'admettait pas derrière le droit de vote l'existence des puissants intérêts individuels, on ne pourrait pas expliquer la création, dans les pays de suffrage restreint, des mouvements presque irrésistibles en faveur du suffrage universel.

Nous croyons avoir réussi, par les considérations exposées ci-dessus, à réfuter l'idée d'une non-existence de ces pouvoirs individuels que l'on appelle ordinairement droits politiques. Nous avons découvert dans le rapport entre l'organe et l'Etat l'élément volonté et l'élément intérêt, suffisamment représentés pour qu'ils puissent donner nais-

sance à un droit subjectif en faveur de l'individu chargé du rôle d'organe. Mais le contenu de ce droit en quoi consiste-t-il ?

Ce ne pourrait pas être la fonction, la compétence, puisqu'elle n'appartient qu'à l'Etat. Alors le seul contenu possible est, comme l'a fait remarquer M. Jellinek, la reconnaissance de la qualité d'organe. Nommé à une fonction, dans les formes prévues par la constitution, l'individu qui joue le rôle d'organe a le droit d'être reconnu comme investi de cette fonction, et d'en accomplir les actes. Le droit n'est pas dirigé sur l'exercice de la fonction publique, qui, créée dans l'intérêt collectif, ne peut appartenir qu'à l'Etat. Il est dirigé exclusivement sur la position d'organe étatique. Tout le contenu de ce droit s'épuise dans la reconnaissance par l'Etat d'un individu comme son organe et par la permission d'entrer en fonction.

Chez un organe il faut pourtant distinguer deux sortes de capacités individuelles : les capacités actives et les capacités passives. Par ces dernières l'Etat ne confère aucun droit à l'individu, mais seulement la possibilité de devenir le cas échéant le sujet d'un droit politique. Toutes les conditions nécessaires pour posséder l'éligibilité appartiennent à cette catégorie des capacités passives. Il en va ainsi pour les conditions légales exigées de celui qui veut devenir fonctionnaire. Ce sont de simples reflets de droit.

Cette capacité abstraite ne devient active que grâce à un

véritable acte d'acquisition : c'est par exemple par la nomination que l'individu, le fonctionnaire deviennent sujets de véritables droits.

Si nous abandonnons maintenant ces considérations générales sur la nature juridique du droit des organes et si nous passons à l'examen des cas spéciaux, le premier droit qui attirera ici notre attention sera le droit de vote.

L'idée que l'électorat est une fonction, s'établit de plus en plus fortement dans les Etats modernes. Elle était déjà formulée par Rousseau, exposée à la Constituante par Barnave et Thouret et défendue au milieu du XIX^e siècle par Royer-Collard. Les auteurs allemands s'en font volontiers des partisans ardents.

Pourtant, comme le dit M. Hauriou, elle n'est pas entièrement exacte (1).

L'électorat contient l'élément de la fonction publique, il contient aussi un élément du droit individuel. Il est un composé de ces deux éléments. En tant que fonction, le droit de vote n'appartient pas aux électeurs, mais à l'Etat même. Mais ayant à sa base un intérêt individuel nettement marqué, l'électorat se présente aussi comme un véritable droit subjectif public. Le contenu juridique de ce droit consiste dans l'obligation de l'Etat de reconnaître aux particuliers leur qualité d'électeurs ? Cette reconnaissance se rapporte en premier lieu à l'inscription sur les listes électorales

(1) *Principes*, p. 567.

et à l'admission au vote ; elle a également pour conséquence de défendre à l'Etat d'entreprendre les actes qui mettraient obstacle au libre exercice de ce droit.

Le droit de vote actif, tel que nous l'avons décrit jusqu'ici se distingue nettement du droit d'éligibilité, du droit de vote passif. Ce dernier n'est pas un droit subjectif, mais l'ensemble des conditions auxquelles le citoyen doit satisfaire pour être élu. C'est donc une capacité légale. Elle n'est que le reflet du droit objectif, qui au surplus n'autorise celui chez qui elle se trouve à aucune action juridiquement valable.

On aime à voir le fondement politique du droit de vote, là où est pratiqué le suffrage universel, dans le principe d'égalité. C'est ainsi qu'était compris le suffrage universel en France par la Convention et en 1848. Cependant dans la réalité des choses le système du suffrage universel légal est la violation du vrai principe d'égalité. Qu'on accorde à tous une participation à la puissance publique, cela est juste, puisque tous ont intérêt à ce que les affaires publiques soient bien gérées. Mais qu'on accorde à tous une égale participation à la puissance publique, sous prétexte qu'ils sont tous membres du corps social, c'est un raisonnement assez mal fondé, car si tous les individus sont membres du corps social, ils rendent à la société des services différents et ont une capacité différente. Par conséquent pour respecter le principe d'égalité, on devrait accorder à chacun une participation à la puissance publique

suivant ses capacités et les services qu'il est susceptible de rendre et qu'il rend effectivement à la société (1). La conclusion logique de cette conception est le vote plural. Pourtant il est très difficile de la réaliser dans la pratique. En effet, d'après quoi appréciera-t-on le service qu'un citoyen rend à l'Etat? D'après sa richesse matérielle? Nous ne croyons pas que ce puisse être un bon criterium. En effet les services réels qu'un homme riche rend à la société peuvent être beaucoup moins importants que ceux que lui rendrait un savant de situation modeste. Il serait peut-être préférable de se déterminer ici par la considération des capacités intellectuelles et de conférer un nombre de voix plus élevé à ceux qui témoignent d'une plus grande instruction.

Le même principe d'égalité bien compris exige l'introduction de la représentation proportionnelle dans les pays où elle n'existe pas encore. Nous ne croyons pourtant pas que ce principe puisse justifier la représentation des intérêts qui a actuellement les préférences des syndicalistes. Comme le dit fort bien M. Larnaude, il n'est pas bien facile de comprendre comment des Chambres représentant exclusivement des intérêts particuliers pourront s'occuper d'intérêts généraux, sans sacrifier les intérêts particuliers qu'elles ont pour mission de défendre. La vérité est, conclut M. Larnaude, qu'au fond cette idée de repré-

(1) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, p. 16 et suiv.

sensation des intérêts est un retour en arrière au régime des castes (1).

Le contenu de droit de vote s'épuise dans le rapport entre l'individu et l'Etat. Il n'existe donc aucun rapport juridique entre l'électeur et le député élu. Juridiquement le parlementaire n'est pas un mandataire de ses électeurs. Il est représentant du pays tout entier. Cette conséquence juridique est conforme à la conception politique universellement acceptée que les électeurs ne peuvent pas donner des mandats impératifs à leurs élus.

Voici quelques autres exemples de ces droits des organes : 1° le droit du monarque d'être reconnu l'organe suprême de l'Etat et le droit du prince héritier d'obtenir la couronne quand les conditions nécessaires seront remplies ; 2° le droit du régent, d'être reconnu comme représentant du monarque empêché ; 3° le droit des chefs de l'Etat dans les républiques d'être reconnus comme représentants du peuple pour l'exercice du pouvoir exécutif ; 4° le droit des juges dans les républiques représentatives d'être reconnus comme les organes de la justice ; 5° De même les membres élus du parlement, les membres nommés et ceux qui y siègent d'après un droit héréditaire, ont le droit de se voir reconnaître comme membres du parlement ; 6° les droits des fonctionnaires de l'Etat. M. Jellinek définit les fonctionnaires : Toute personne mise par un acte de l'Etat et au

(1) M. Larnaude, à son cours de 1909-10.

point de vue du service dans une situation de subordination à un autre organe et appelée, à son tour, à exercer les fonctions de l'organe. Sont fonctionnaires : les fonctionnaires administratifs et les magistrats.

Dans l'Etat moderne il n'existe aucun droit à la fonction. La constitution, reconnaissant à tous les sujets un droit égalitaire à être investi de fonctions publiques, ne fait que formuler les conditions d'admission. L'individu qui a passé les examens nécessaires pour obtenir une place de fonctionnaire, n'a pas non plus un droit à la fonction (1). Même quand la loi réserve certaines places à une classe d'individus (par exemple la loi militaire réservant des places dans l'administration civile aux soldats rengagés et aux sous-officiers), elle ne leur confère par là aucun droit subjectif. Ce qu'elle fait c'est surtout de restreindre les qualifications et de limiter le nombre de personnes susceptibles d'être admises à ces fonctions (2).

(1) A l'encontre de M. Jellinek affirmant que les règles concernant les capacités passives ne confèrent aucun droit subjectif, il est intéressant de citer l'arrêt du Conseil d'Etat français du 12 décembre 1903 (Lot) admettant un archiviste à attaquer pour excès de pouvoir les nominations du directeur des Archives Nationales. Ses motifs en sont ainsi conçus en substance : « Considérant que ces dispositions (concernant les conditions de recevabilité) confèrent aux archivistes paléographes un droit exclusif à l'obtention de ces emplois... » (*Année administrative 1903*, p. 264, passage cité par M. Tourniol du Gos dans sa thèse sur le recours pour excès de pouvoir.

(2) En France, il est intéressant de le remarquer, le Conseil d'Etat

Les droits des fonctionnaires ne s'obtiennent que par le contrat de service public. Le fonctionnaire n'a pas un droit à la fonction semblable à celui d'un membre du parlement. La fonction publique lui est remise par un acte unilatéral de la puissance publique, un acte qui ne lui confère pas des droits, mais seulement des obligations.

Dans le rapport entre le fonctionnaire et l'Etat il faut distinguer, comme l'a fait Laband, deux éléments : la création du rapport de service public et le transfert de la fonction au fonctionnaire. Ce dernier est un acte unilatéral de la puissance publique qui oblige le fonctionnaire et qui ne peut être qu'indirectement source des droits pour lui. La création du rapport de service public confère également des obligations, fait de l'individu l'objet de la volonté étatique.

Pourtant l'individu possède un droit, celui d'être reconnu comme ayant contracté le contrat de service public, comme possédant la qualité de *Staatsdiener* et non pas de fonctionnaire (*Beamter*). Ce droit est indépendant de la fonction et existe même pour le fonctionnaire qui n'exerce encore aucune fonction, ou qui est en disponibilité.

3. Les citoyens ont-ils le droit sous certaines conditions de s'opposer à l'exécution des ordres émanant de la puis-

admet que la loi du 18 mars 1889 sur les emplois civils réservés aux sous-officiers crée une catégorie des gens ayant intérêt légitime à critiquer les nominations aux emplois civils.

sance publique ? En d'autres termes existe-t-il un droit à la résistance ?

Les juristes distinguent ordinairement deux sortes de résistances : la résistance passive et la résistance active. La première consiste en non-exécution des ordres de la puissance publique, en leur refus d'obéir à la loi ou à l'acte administratif, que l'on juge injuste ou illégal. Certains auteurs, M. Duguit (1) notamment, croient que cette résistance est permise et ils fondent cette conception sur l'idée générale que chacun est libre d'apprécier en conscience s'il doit obéir volontairement à tel ou tel acte de l'autorité, ou s'il ne doit y obéir que sous la pression de la contrainte.

La résistance active serait, au contraire, un droit des citoyens à s'opposer activement, par la force, à l'exécution d'une loi ou d'un ordre de la puissance publique que l'on prétend contraire au droit positif. Ce droit est également admis en théorie par M. Duguit.

Nous ne croyons pas qu'un pareil principe puisse être justifié. En effet, comme le dit M. Esmein, c'est une théorie dissolvante de la société étatique (2).

La résistance à la loi, si elle est individuelle, n'a pas du reste une grande importance; si elle est collective elle dégénère vite en insurrection. Il est pourtant impossible de cons-

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 164 et suiv.

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 1009 et suiv.

truire juridiquement un droit à l'insurrection. Du moment qu'il y a insurrection, il y a un fait qui tombe en dehors du domaine du droit.

Pourtant la résistance individuelle est permise dans certains cas, par exemple en France d'après l'article 209 du code pénal. En théorie aussi bien qu'en jurisprudence, on est d'avis qu'il n'y a pas de délit de rebellion de la part d'un particulier qui se serait opposé aux ordres d'un fonctionnaire qui ne pourrait pas justifier de ses qualités et de ses titres, ou qui agirait en dehors de sa compétence légale. C'est ici où trouve son application le principe émis par l'éminent professeur M. Chavegrin, que la nécessité d'une discipline nationale ne doit pas faire méconnaître les besoins des garanties pour les individus et qu'il y a des cas extrêmes où ces garanties comportent l'emploi de la violence (1).

III

Les sujets des droits de la deuxième catégorie se voient exemptés de certaines obligations que l'Etat impose ordinairement à ces citoyens. Les citoyens peuvent être obligés à rendre à l'Etat des services réels et des services personnels. Comme exemple des services réels on peut citer

(1) Note dans S. 1904, I, p. 57.

le paiement des impôts, la cession des chevaux réquisitionnés, etc.; parmi les services personnels les plus importants est le service militaire. Toutes ces obligations juridiques sont en même temps des obligations générales, en ce sens qu'elles sont réclamées à tous par la loi. Mais quand certaines personnes sont exemptées totalement ou partiellement de ces obligations, et cela malgré les prescriptions légales affirmant le caractère général de ces obligations, les avantages qui sont créés par là en faveur des exemptés constituent de véritables droits subjectifs (1).

L'obligation légale doit s'étendre aux privilégiés pour que l'on puisse parler de droits subjectifs publics de cette deuxième catégorie. Le service militaire n'est obligatoire que pour ceux qui sont capables de l'exercer. Par conséquent on ne peut pas parler d'un droit subjectif à l'exemption militaire des réformés pour cause d'infirmité.

Il est presque inutile de faire remarquer qu'il s'agit ici des actions individuelles intéressant juridiquement l'Etat. Il faut que l'on puisse dire que l'Etat souffre de ce que les sujets de ces droits sont libérés de certaines obligations. Cette exemption oblige l'Etat à ne pas entreprendre certaines actions vis-à-vis de l'exempté, par exemple le recrutement militaire, l'assiette de l'impôt. Mais ce n'est pas une raison pour identifier ces droits à ceux de la qua-

(1) Dantscher, v. Kollesberg, *op. cit.*, II. Lieferung, p. 1-42.

trième catégorie, dont le contenu consiste également en une abstention de l'Etat. Car le contenu matériel de ces droits privilégiés est non pas dans la défense donnée à l'Etat, mais dans l'exemption de l'individu des services personnels ou réels ; ce n'est pas la conduite de l'Etat qui est l'élément fondamental de cette relation juridique, mais les changements juridiques de la position du privilégié, son exemption du service militaire ou de l'impôt.

Un exposé minutieux des droits de la deuxième catégorie n'est pas nécessaire dans un ouvrage théorique. Du reste chaque législation positive présente dans ce domaine des différences assez sensibles. Pourtant on peut classer ces privilèges en deux grands groupes. Le premier consisterait en exemptions des services personnels, le second en exemptions des services réels. Dans le premier groupe nous pouvons indiquer les exemptions militaires, les dispenses concernant la fonction de juré, ainsi que les fonctions dans les corps administratifs autonomes. Le second groupe est composé des dispenses concernant le paiement d'une certaine somme d'argent (l'exemption fiscale, impôt, taxe, etc.), la prestation d'un bien appartenant à l'exempté (les chevaux réquisitionnés, etc.).

IV

A la troisième catégorie appartiennent les droits ayant

pour le contenu une obligation positive de l'Etat (1).

Toute l'activité étatique s'exerce dans l'intérêt collectif. Cet intérêt collectif ne coïncide pas toujours, mais peut coïncider avec l'intérêt individuel. Dans ce dernier cas et quand l'Etat reconnaît cette identité, le particulier obtient par là un droit à l'activité étatique et un moyen juridique de réaliser ce droit.

C'est dans ce domaine que l'on constate clairement la différence formelle entre le reflet du droit objectif et le véritable droit subjectif. Chaque manifestation de l'activité étatique dans l'intérêt collectif doit nécessairement être utile aux particuliers. L'hygiène publique protège la santé d'un nombre infini de particuliers, l'activité de la police la propriété et la vie de tous les citoyens vivant dans la communauté étatique. Pourtant, ici, c'est seulement l'intérêt collectif qui est protégé, et cela par l'existence du droit objectif et par les moyens juridiques dont dispose ce droit. L'intérêt particulier, au contraire, ne possède qu'une garantie de fait ; juridiquement il est dénué de toute protection. Dans certains cas le particulier peut prier l'administration de tenir compte de ses intérêts, mais cette dernière possède alors une liberté d'appréciation très grande et n'est souvent guidée que par des considérations d'ordre collectif.

On pourrait imaginer un Etat où l'intérêt individuel

(1) V. Jellinek, *System*, ch. ix. *Der positive Status*.

ne serait jamais reconnu et protégé comme tel, mais toujours comme partie composante de l'intérêt collectif. Dans la réalité, le régime qui se rapprocherait le plus près de cette forme étatique serait l'Etat de police du XVIII^e siècle. Mais la réalisation complète de ce régime est impossible. Il arrive souvent même que l'intérêt collectif ne bénéficie que de la protection d'un intérêt individuel. Spécialement dans le domaine de la protection judiciaire accordée aux particuliers. Dans le cas de la violation d'un droit, nous voyons engagé l'intérêt collectif aussi bien que l'intérêt individuel. Pourtant très souvent l'organisation juridique n'a en vue que l'intérêt individuel, en conférant au particulier lésé le droit exclusif de mettre en mouvement la machine étatique pour la protection de ses intérêts. Ce n'est que par la protection de l'intérêt individuel que l'intérêt collectif est aussi, à son tour, protégé.

C'est au point de vue *de lege ferenda* qu'il est intéressant de rechercher les limites naturelles qui séparent les reflets de droit des véritables droits subjectifs. Au contraire la reconnaissance d'un intérêt individuel comme un droit formel muni de tous les moyens nécessaires à sa réalisation, appartient à l'étude de la législation positive. Une séparation tranchée entre les reflets et les droits n'existe du reste que dans le domaine où on pourrait se servir du criterium formel. On doit se demander si le particulier a un moyen juridique de réaliser son intérêt vis-à-vis de l'Etat.

Est « droit » au point de vue matériel, par exemple, le droit qu'a un citoyen d'être protégé à l'étranger par les représentants de son pays. Pourtant il ne possède pas un droit au point de vue formel, et il ne le possédera pas tant que l'Etat ne lui conférera pas un moyen juridique réaliser ces droits matériels. Il en est de même lorsqu'un citoyen demande la protection juridique à un pays étranger et invoque comme fondement de cette exigence un traité conclu entre sa patrie et ce pays étranger. Le sujet du droit provenant du traité n'est pas le particulier, mais l'Etat à qui il appartient. Ce n'est que si un droit individuel est explicitement reconnu, comme dans le droit constitutionnel suisse, que le reflet du droit contenu dans le traité, se transforme en véritable droit subjectif.

Tandis que le contenu des droits subjectifs de la première et de la deuxième catégorie est constitué par les actions positives ou négatives des particuliers, le contenu des droits de la troisième catégorie consiste au contraire en une action positive de l'Etat lui-même. L'Etat est ici obligé juridiquement envers le particulier d'entreprendre une action positive en sa faveur. Ce sont ces droits qui mettent fort bien en relief le caractère spécial de l'Etat moderne, dans lequel l'individu n'est pas seulement le sujet de devoir, moyen laissé à la disposition de la puissance publique, mais aussi un sujet de droit, le but auquel la puissance publique elle-même doit servir.

Le nombre des droits que l'individu peut posséder dans

ce domaine est assez élevé. En vérité, étant donné que c'est l'action positive de l'Etat qui forme le contenu des pouvoirs juridiques individuels, chaque *dare, facere ou prestare* étatique peut constituer un objet juridique différent et par conséquent un droit individuel spécial.

Mais toutes les actions de l'Etat, formant les objets des droits subjectifs publics de cette troisième catégorie, peuvent être classées en deux grands groupes d'après la nature double de l'activité étatique qui est administrative ou judiciaire. On peut donc dire que l'individu possède des droits à l'activité de la justice et à l'activité de l'administration.

Le principal droit de cette catégorie est le droit subjectif à la protection juridique. La nature publique de ce droit n'a été remarquée que relativement tard. Sous l'influence du droit romain on considérait volontiers l'action privée comme la fonction essentielle du droit privé. Pourtant dans le droit privé il faut distinguer entre le pouvoir que possède le sujet actif sur le sujet passif et le pouvoir qu'il possède envers l'Etat. Grâce au premier pouvoir le sujet actif peut exiger du sujet passif un *dare, facere ou prestare* qui forme le contenu de son droit privé; grâce au second, il peut exiger de l'Etat la protection juridique dans le cas où le sujet passif ne voudrait pas exécuter les obligations, ou qu'un tiers viendrait violer la situation juridique. Ce second droit est, on le voit aisément, un droit public. Il n'est dirigé que contre l'Etat en tant que puissance

publique ; il n'est possible que si l'Etat reconnaît le particulier comme possédant la personnalité juridique.

Ce ne sont pas seulement les droits privés de l'individu qui sont protégés par l'Etat, cette protection existe aussi dans le droit public et que dans le droit pénal. Le contentieux administratif joue ici le rôle de l'action judiciaire du droit privé. L'action portée devant le tribunal administratif est la forme la plus parfaite sous laquelle s'exerce le droit à la protection juridique dans le droit public.

Par le droit à la protection juridique ce n'est pas le juge qui est obligé, mais bien l'Etat personne morale. Ce dernier donne l'ordre au juge de se mettre en activité à la demande du particulier dont le droit doit être protégé.

Le second droit de la troisième catégorie est celui par lequel le particulier peut demander la satisfaction de ses intérêts par l'activité administrative. L'Etat est souvent obligé d'entreprendre certains actes à la demande exclusive d'un de ses citoyens. Dans ce cas l'administration n'agit que si l'individu en exprime le désir. Le droit à la délivrance des certificats, des diplômes et des permis d'émigration, le droit à obtenir les concessions après l'accomplissement des conditions exigées par la loi, etc., sont les exemples principaux de ces pouvoirs juridiques envers l'administration.

Comme le droit à la protection juridique, ces droits

s'exercent non pas contre l'autorité administrative qui s'en occupe, mais contre l'Etat lui-même.

Le recours gracieux est le moyen le moins complet de protection de ces droits envers l'Etat. Une protection plus efficace est fournie par l'action administrative portée devant un véritable tribunal administratif.

L'étude de l'évolution de la jurisprudence administrative nous montre clairement la différence entre les droits au point de vue matériel, qui doivent être reconnus *de lege ferenda* et les droits au point de vue formel dont la protection existe *de lege lata*. Tant que l'individu n'avait à sa disposition que le recours gracieux, ses droits ne possédaient pas une protection parfaite; tout se passait à l'intérieur de l'administration elle-même et l'intérêt de l'Etat l'emportait souvent sur l'intérêt particulier. Du jour où on a conféré aux citoyens des actions administratives et où l'on a institué de véritables débats judiciaires devant les tribunaux administratifs, dans lesquels l'Etat apparaît comme partie dans le procès, les pouvoirs juridiques incertains des individus sont devenus des droits subjectifs parfaits.

Il existe un groupe de pouvoirs individuels sur l'activité positive de l'Etat, dont le caractère juridique n'est pas facile à déterminer. Ce sont les droits à l'emploi des services publics, des moyens de communication de transport (les chemins de fer, les postes, etc.). Il est certain que les citoyens n'ont pas un droit subjectif pour forcer

l'Etat à créer un service public qui n'existe pas encore. Pourtant ils ont, dans certaines conditions légalement déterminées, le droit de se servir de ces établissements quand ils existent. Les contrats qu'il concluerait avec l'Etat à l'occasion de cette utilisation des services publics ne sont certainement pas du droit public. Le fonctionnaire qui entre en relation avec le particulier ne représente pas ici la puissance publique. Pourtant il existe pour tous les établissements publics un devoir public général à conclure avec le particulier les contrats d'utilisation de ces services quand les particuliers l'exige. Certains auteurs ne voient dans cette obligation que le reflet des normes du droit objectif sans qu'il puisse de là sortir un droit subjectif en faveur des particuliers (1).

L'étude de ces droits à l'action positive de l'Etat peut nous aider à dégager la formule juridique d'un principe qui a joué un rôle capital dans la constitution des Etats modernes : le principe d'égalité. *De lege lata* et au point

(1) M. Barthélemy qui s'est spécialement préoccupé des droits subjectifs publics en France ne voit pas dans l'obligation de l'Etat à tolérer l'usage des choses publiques l'objet d'un droit subjectif public des citoyens. « On en jouit, dit-il, mais c'est un reflet de leur caractère public.

« Personne n'a un droit subjectif à entrer au Musée du Louvre. »

« Mais, ajoute-t-il, il en est autrement dans le cas où le particulier passe avec l'Etat une sorte de contrat : en ce qui concerne les postes, les télégraphes, les téléphones, les chemins de fer, le particulier a un véritable droit subjectif, *op. cit.* p. 157. »

de vue du droit privé, l'égalité ne signifie point que tous doivent posséder les mêmes droits, mais seulement que tous doivent avoir la même aptitude à obtenir ces droits. Or, cette égalité dans l'aptitude s'identifie avec l'égalité devant la protection juridique, donc avec une égale reconnaissance à tous les citoyens du droit subjectif public à la reconnaissance juridique.

De même dans le droit public. Ici non plus l'égalité ne consiste pas en ce que l'Etat accordera à tous une égale somme de droits publics, mais en ce qu'il traitera tous les individus d'une façon égale quand il s'agira de la protection de leurs droits publics.

Et même l'égalité ainsi comprise n'est pas absolue. C'est une règle qui souffre des exceptions. Ces exceptions s'expliquent par ce fait que, l'égalité, comme du reste la liberté, est de nature purement négative. Elle n'est compréhensible que du point de vue historique, par contraste à l'inégalité des régimes précédents. Les droits d'égalité ne sont que les négations des privilèges juridiques existant auparavant.

L'égalité consiste donc dans une obligation générale de l'Etat à traiter également les valeurs égales et inégalement les valeurs inégales. Mais les variations possibles de cette obligation générale ne peuvent pas constituer les objets de véritables droits subjectifs des citoyens. L'égalité est du droit objectif, dont l'influence sur les sphères individuelles est d'une nature purement réflexe.

V

Le contenu des droits subjectifs publics de la quatrième catégorie est constitué par l'obligation de la part de l'Etat de s'abstenir de certaines actions touchant à la sphère libre de l'activité individuelle. Les droits de ce groupe sont les plus anciens et les plus célèbres. On les appelle en France droits de liberté, droits individuels publics et en Allemagne droits fondamentaux (*Grundrechte*). C'est par la reconnaissance de ces droits qu'est entrée pour la première fois dans la conscience des peuples modernes l'idée des pouvoirs juridiques individuels envers l'Etat (1).

La valeur que l'on attribuait à ces droits est marquée particulièrement par le fait que leur reconnaissance ne se trouve pas dans les lois ordinaires, mais dans les documents législatifs de la plus haute importance, dans les

(1). V. Jellinek, *System*, chap. VIII. *Der negative status*. En France pendant longtemps les seuls droits subjectifs publics admis par la théorie étaient ces droits à l'abstention de l'Etat. V. Rossi, *Cours*; également Esmein. Au contraire, les auteurs modernes en France se voient obligés, surtout étant donné le développement prodigieux des fonctions de l'Etat moderne, d'élargir ce domaine des droits subjectifs publics et d'y faire entrer encore d'autres droits, principalement ceux à l'action positive de l'Etat, V. M. Larnaudé dans ses cours, MM. Hauriou, Michoud, Barthélemy.

déclarations de droit et dans les constitutions. Par là on pensait mettre ces libertés individuelles à la base même de l'Etat et en même temps les soustraire à l'atteinte possible du législateur ordinaire.

Quoique réclamés et reconnus très souvent au nom des principes généraux et abstraits, ces droits n'en sont pas moins des produits des pures nécessités historiques et des contingences de lieu et de temps. Ainsi c'est pour cette raison que leur explication est plus facile sur le terrain de l'histoire.

Ils constituent toujours des négations des limites et des restrictions précédentes posées à l'activité libre de l'individu. Ce n'est que parce qu'il existait auparavant la censure que la liberté de la presse fût ensuite reconnue ; ce n'est que parce que le pouvoir public exerçait auparavant une contrainte sur les consciences, que fut proclamée la liberté de conscience. Ces droits sont donc toujours concevables en opposition avec le régime antérieur. La meilleure preuve de cette origine peu rationnelle des droits fondamentaux nous est fournie par les constitutions des Etats, où, pour des causes spéciales, existaient des restrictions à la liberté individuelle, inconnues dans la majorité des autres pays. Pour effacer ces limites spéciales, les constitutions en question étaient forcées de reconnaître les droits fondamentaux spéciaux, qui n'existaient pas, eux non plus, dans les autres Etats. C'est le cas de l'Autriche-Hongrie où on a rangé, pour des causes

historiques, parmi les droits fondamentaux le droit de tous les citoyens de posséder les immeubles (1).

Ne voulant pas tenir compte de cette évolution spéciale des droits fondamentaux, Laband était amené à les identifier aux simples facultés légales des citoyens et à nier leur caractère juridique. Il ne voit pas pourquoi par exemple, on laisse en dehors des droits fondamentaux le droit de liberté d'un Allemand de tirer des lettres de change. Les droits fondamentaux dans sa pensée ne diffèrent point de ce droit à tirer les lettres de change. Si ce dernier n'est pas un droit subjectif, les premiers n'en sont pas non plus et pour la même raison.

Or, dit Gierke, ce raisonnement de Laband est faux. Il dépend de l'évolution historique et des besoins réels d'un pays, qu'un droit fondamental soit créé par l'Etat et reconnu aux citoyens (2). Laband affirme que la reconnaissance de liberté n'est que la négation des restrictions précédemment existantes, mais il oublie que l'Etat comme signe de cette reconnaissance pourrait conférer de véritables droits subjectifs. Naturellement, il ne faut pas croire que les droits fondamentaux soient des droits pré-sociaux et éternels. Comme tous les droits subjectifs ils

(1) V. Jellinek, *System*, p. 93-96.

C'est aussi pour les raisons d'ordre historique que l'on a voulu introduire en Suisse parmi les droits fondamentaux, le droit de chaque citoyen suisse de se marier. V. M. Larnaude à son cours.

(2) Gierke, *op. cit.*, p. 1133-1134.

ne sont que les produits du droit objectif. Ils sont seulement entrés plus profondément dans la conscience juridique du peuple et leur constatation par le législateur se fait d'une façon plus solennelle et dans des documents législatifs d'une plus grande importance.

Laband fait encore une objection aux droits de liberté. Ce ne sont, dit-il, que des règles que la puissance publique se donne à elle-même. Ces droits constituent des barrières, limitant les pouvoirs des autorités, ils assurent au particulier sa naturelle liberté d'action dans un cercle déterminé, mais ils ne fondent pas des droits subjectifs publics au profit des citoyens. *Ce ne sont pas des droits, parce qu'ils n'ont pas d'objet.*

Ce second argument ne vaut pas plus que le premier. Les droits fondamentaux sont de véritables droits puisqu'ils ont un objet juridique bien déterminé. Il est certain qu'au point de vue objectif, ils apparaissent comme des règles objectives, qui délimitent une fois pour toutes la sphère de l'activité libre de l'individu. Mais au point de vue subjectif il s'ensuit un devoir juridique pour l'Etat et un droit pour l'individu. Ce droit a donc pour l'objet un contenu négatif, une abstention de l'Etat. Mais les droits subjectifs peuvent avoir des objets négatifs. Ces droits négatifs se trouvent aussi dans le droit privé. Exemple : servitude *altius non tollendi* (1).

(1) V. M. Larnaude, à son cours de 1907-1908 ; Gierke, *op. cit.*, p. 4133.

Par les droits fondamentaux le législateur a voulu atteindre un double but : protéger la liberté individuelle envers la législation et aussi envers l'Administration.

Ce but est réalisé par deux moyens différents : ou bien la constitution défend au législateur ordinaire d'introduire par la voie légale des dispositions nouvelles limitant la liberté individuelle existante, ou bien elle donne l'ordre au même législateur de forger des nouvelles lois conformes à certains principes préétablis.

Quelle est la valeur juridique de ces procédés ?

Il est certain que le premier moyen, la défense d'attenter aux droits de liberté, ne possède une entière efficacité que dans les pays où existent des autorités compétentes pour apprécier la constitutionnalité des lois ordinaires, comme aux Etats-Unis ou en Norvège. Au contraire, dans les pays où le juge est forcé d'appliquer toute loi régulièrement votée, comme dans la plupart des Etats européens, la valeur pratique de ces prescriptions est beaucoup moins grande. Dès qu'une loi est votée, elle acquiert pleine force, quoiqu'étant en contradiction avec la constitution.

Le second procédé : ordre intimé au législateur d'émettre certaines lois d'après certains principes, est également dénué de sanction juridique. L'étendue et la nature de ce principe, aussi bien que son application, sont laissées toujours à l'appréciation libre du législateur. L'interpréta-

tion qu'il en donnera s'imposera forcément dans la forme d'une loi parfaitement valable.

Il est donc certain que l'individu ne peut posséder un droit subjectif sur l'activité législative de l'Etat, c'est-à-dire un droit qui lui permettra d'exiger la création de nouvelles lois. Les règles juridiques peuvent profiter aux intérêts individuels ; on ne les crée pourtant que dans l'intérêt collectif. Ces prescriptions, comme du reste toutes les règles imposées au législateur dans ce but, ne confèrent donc aucun droit de liberté aux particuliers.

En sort-il directement des droits vis à vis de l'Administration ? On n'est pas d'accord sur cette question. Certains auteurs affirment que ces principes sont d'une nature plutôt abstraite et qu'ils ont besoin de lois spéciales et organiques pour se transformer en véritables sources des droits subjectifs des particuliers. Au point de vue formel, cette opinion est exacte. Tant que les lois spéciales ne déterminent pas l'exercice concret de ces droits et l'étendue certaine de l'obligation de l'Etat, ces pouvoirs se présentent plutôt comme des aptitudes générales et abstraites des particuliers, comme des indications adressées au législateur. Pourtant ce manque de précision n'a pas forcément pour conséquence l'inexistence des droits de liberté. Avant d'être organisés par les lois spéciales, ces droits se présentent, il est vrai, dans la forme de reflets de droit. Mais dès qu'une loi leur aura conféré la protection nécessaire, ils se transforment en véritables droits subjectifs. C'est

ainsi que l'intérêt individuel, qui se trouvait, dans le temps, caché dans les garanties de droit, s'est transformé en droit subjectif par l'institution des tribunaux administratifs dans les différents pays : par la création du tribunal fédéral en Suisse, du tribunal d'Empire en Autriche, par exemple. Ils existaient donc comme droits latents, la protection les a transformés en droits véritables.

Les droits de liberté sont assez nombreux. Cela provient de ce que l'individu peut exercer son activité libre dans différentes directions et sous différentes formes. La liberté individuelle, la liberté de conscience, la liberté de la presse, la liberté des professions, etc., présentent toutes, d'après la plupart des auteurs, les caractères élémentaires des vrais droits subjectifs. N'est-il pas possible de réduire tous ces droits de liberté à un seul droit ? Il est certain que toutes ces libertés consistent en une liberté contre la contrainte illégale. La soumission de l'individu envers l'Etat est légalement limitée. Pour cela il est plus correct de ne pas parler des libertés mais de dire liberté « au singulier ». Mise en face des restrictions antérieures, et au point de vue politique plutôt que juridique, cette liberté peut prendre des nuances différentes. Mais, en réalité, c'est toujours de la liberté générale qu'il s'agit, et non pas des libertés particulières.

Cela se voit surtout quand on étudie de plus près la vraie nature des différents droits de liberté.

Les actions que l'individu peut entreprendre dans la sphère

qui lui est laissée par l'Etat, sont pour ce dernier juridiquement irrelevantes. Quand quelqu'un, grâce à la liberté de la presse, fait éditer un livre, ou grâce à la liberté de réunion, se rend à un meeting, il ne touche par là à aucun droit de l'Etat ou de ses concitoyens. Ces actions ne diffèrent point de celles de la vie ordinaire comme par exemple s'il buvait son vin ou faisait sa promenade quotidienne. Et pourtant c'est la différence de ces actions, juridiquement irrelevantes, qui donne cet aspect multiple aux droits de liberté. Si l'on ne tenait pas compte d'elles, on ne pourrait concevoir qu'un seul droit de liberté.

Enfin, Jellinek invoque en faveur d'un seul droit de liberté ce dernier argument. Il est impossible de léser un individu dans ses droits de libertés multiples. Si quelqu'un empêchait un homme d'écrire un article de journal, il ne blesserait pas par là sa liberté de la presse, mais simplement sa liberté en général. De même si quelqu'un empêchait un homme de se rendre à une réunion, ou d'exercer un métier, il ne violerait pas par là son droit de réunion ou sa liberté de profession, mais sa liberté individuelle. Toutes les violations des droits de libertés se ramènent donc aux violations d'un seul droit, tous les délits en un seul, *injuria* ou *crimen vis*.

CHAPITRE VIII

LES GARANTIES DES DROITS SUBJECTIFS PUBLICS

On a vu que le droit subjectif est une volonté juridiquement reconnue et dirigée vers un intérêt concret. Juridiquement reconnu veut dire juridiquement protégé, d'où l'habitude d'identifier ces deux notions : la reconnaissance est la protection juridique. La plupart des auteurs entendent par l'expression « la protection juridique » celle qui est assurée à la demande du particulier lésé, par la contrainte étatique. Aussi, actuellement de même que sous le règne du droit naturel, on considère la contrainte comme le caractère indispensable du droit.

Nous avons vu ce qu'il fallait penser de cette conception étroite du droit subjectif (1). Nous avons vu que l'organisation juridique devait garantir la réalisation d'un droit, mais que la contrainte n'était pas le seul moyen par lequel cette réalisation peut être atteinte. Certes, la contrainte provoquée

(1). V. ci-dessus le chapitre V.

par une action en justice est toujours le signe de l'existence d'un droit formel et ceci est très important au point de vue du droit positif. Mais il est également sûr qu'il ne faut point conclure de l'inexistence ou de l'imperfection de la protection du droit à l'inexistence en général d'un droit subjectif. Au point de vue théorique, au point de vue scientifique, il faut plutôt se demander s'il existe un intérêt individuel qui pourrait être digne de la protection juridique. Et c'est *de lege ferenda* que ce point de vue acquiert toute son importance.

Nous voulons maintenant étudier au point de vue général ces différents modes de réalisation du droit subjectif public (1).

Etant donné l'attribution aux particuliers de droits vis à vis de l'administration, la réalisation de ces droits sera assurée d'une manière assez efficace si l'administration elle-même prend à tâche d'exécuter régulièrement et strictement toutes les obligations qui lui incombent de ce chef, si elle prend volontairement les mesures propres à éviter, de sa part, violation du droit, et à réaliser spontanément le droit dans ses rapports avec les particuliers. Ce serait une réalisation spontanée du droit par l'administration. Il ne faudrait pas trop compter sur ce mode de réalisation ; mais en revanche il ne faudrait pas tomber dans l'excès

(1) V. entre autres L. Marie. *Le droit positif et la juridiction administrative*, t. I, p. 594-630.

opposé et tenir pour vains les efforts tentés dans ce sens.

Il faut ranger en premier lieu, parmi les procédés destinés à obtenir indirectement la réalisation spontanée du droit par l'Etat, toutes les règles qui garantissent la solidité du régime constitutionnel, la bonne organisation des pouvoirs législatifs et administratifs, le bon recrutement des fonctionnaires, ainsi que la juste et exacte répartition des compétences entre les organes étatiques.

Il faut ranger encore parmi ces procédés toutes les règles de la procédure administrative qui sont destinées à éclairer l'administration, à l'empêcher de prendre des décisions précipitées ou reposant sur des informations erronées ou insuffisantes. Enquêtes, avis, délibérations, tous ces procédés, s'il en est tiré parti par une administration consciencieuse et soucieuse de bien remplir sa fonction, sont propres à empêcher cette administration de commettre des erreurs et des fautes, à l'empêcher de violer le droit.

Enfin il faut indiquer en dernier lieu comme rentrant parmi les procédés destinés à obtenir indirectement la réalisation du droit par l'administration, l'établissement de règles faisant encourir une responsabilité personnelle sérieuse, soit civile, soit pénale aux agents qui rempliront mal leur fonction et cela d'une manière consciente et volontaire.

C'est presque exclusivement de cette façon indirecte que les droits publics étaient protégés dans tous les pays jusqu'aux époques les plus récentes.

Il y en avait pourtant, et il en existe encore, des protections plus directes : par exemple le recours gracieux. Par ce recours on désigne une réclamation adressée à l'administration par l'individu qui croit avoir à se plaindre d'un acte accompli par celle-ci, réclamation par laquelle cet individu demande à l'administration de revenir d'elle-même, spontanément sur la décision ou sur l'acte qu'il prétend lui avoir fait grief ou qu'il dénonce à un titre quelconque. Adressée à l'autorité même qui a fait l'acte dont on se plaint, cette réclamation porte spécialement le nom de recours gracieux, dénomination qui s'applique du reste, d'une manière générale, à tous les recours qui présentent la même nature, quelle que soit la qualification particulière qui leur est donnée ; adressée au supérieur hiérarchique de l'agent ou de l'autorité auteur de l'acte dénoncé, cette réclamation s'appelle recours hiérarchique ; portée devant un agent investi d'un droit de contrôle en vertu de la tutelle administrative, elle est qualifiée de recours administratif.

Il provoque bien la revision d'un acte administratif par un supérieur hiérarchique, mais la procédure de ce recours est plutôt une forme sous laquelle s'exerce le contrôle hiérarchique à l'intérieur de l'administration qu'une revision judiciairement organisée de l'acte administratif attaqué. On peut donc dire que toutes ces protections résultant du jeu même des organisations administratives sont très imparfaites. Pourtant même dans ce stade

primitif de la protection juridique il était permis de distinguer entre les simples intérêts et les véritables droits. La protection renforcée et mieux organisée ne crée pas le droit ; ce n'est point la création des tribunaux administratifs et le perfectionnement du recours hiérarchique qui ont fait naître les droits publics. Pourtant il faut avouer que dans cet état de chose il est très difficile de faire une distinction bien nette entre les reflets du droit objectif et le véritable droit subjectif.

Le recours gracieux ou administratif est, assurément, un procédé capable de jouer un rôle important dans la réalisation du droit par l'administration. Il peut rendre de grands services, mais il est manifeste que ce procédé, seul ou combiné avec tous ceux qui tendent à la réalisation spontanée du droit par l'administration, est impuissant pour assurer toujours et complètement cette réalisation.

Pour cette raison il existe des moyens directs de protection des droits subjectifs publics. C'est d'abord la résistance individuelle, dont nous avons parlé à l'occasion du droit du même nom. Elle tend à disparaître et, du reste, elle est inutile dans les pays bien organisés. Malheureusement il y a encore des cas où, comme le dit notre éminent maître, M. Chavegrin, la nécessité d'une discipline nationale ne doit pas faire méconnaître les besoins de garanties pour les individus, qui comporteraient l'emploi de la violence (1).

(1) V. *suprà*, ch. VII.

Beaucoup plus efficace est la protection obtenue par l'action en justice, en justice ordinaire ou en justice administrative. C'est surtout grâce au développement de cette dernière, que la véritable reconnaissance de droits publics s'est opérée.

Il faut citer à cette fin l'institution du tribunal d'Empire en Autriche (*Reichsgericht*), du tribunal fédéral (*Bundesgericht*) en Suisse, et des tribunaux administratifs en Allemagne. C'est en France que la protection devant les tribunaux administratifs est le mieux organisée et où le recours pour excès de pouvoir est un moyen de protection très souple et très efficace pour les droits subjectifs des administrés. Quoique toute cette juridiction soit en voie d'évolution, rien n'empêche, à notre avis, de considérer le recours pour excès de pouvoir comme la mise en œuvre d'un véritable droit subjectif (1).

(1) Cette théorie subjective est exposée et défendue en France par M. Lafférière, *Traité de la juridiction administrative*, 2 vol. : Jacquin, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel* et *Les principes dominants du contentieux administratif* ; Léon Marie, « L'avenir du recours pour excès de pouvoir » (*Revue du droit public*, 1901, t. II), et *Le droit positif et la juridiction administrative* ; Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, et jusqu'à un certain point, Arlur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*. La théorie opposée, dite objective, se refuse à voir dans le recours pour excès de pouvoir la mise en œuvre d'un droit subjectif, mais plutôt une action publique ayant pour but de sanctionner l'intérêt général attaché à l'observation de la légalité objective. Elle a comme partisans, M. Larnaude, M. Hurriou, *Précis de droit administratif* ; Duguit, *l'État*, Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif* ; Jéze, *Les prin-*

Pourtant il faut constater qu'il y a encore des pays où ces tribunaux n'existent pas, et des faits juridiques qui ne sont pas soumis à la compétence de tribunaux administratifs, là où ces tribunaux existent. Cela est le meilleur argument contre ceux qui affirment que le droit n'existe que s'il est muni d'une action en justice.

Ne possèdent, par exemple, qu'une protection imparfaite les droits « à la position de l'organe ». C'est par exemple le cas des droits des membres d'un parlement dans les pays où les chambres elles-mêmes statuent sur les violations des droits de vote. On réclame pourtant en faveur de ces droits, une protection mieux organisée, ce qui prouve qu'ici existe un droit, bien qu'imparfaitement protégé. C'est du reste le but le plus élevé de l'organisation juridique que de créer des moyens de protection de plus en plus perfectionnés en faveur des droits individuels. L'Etat de droit (*Rechtsstaat*) devrait voir dans cet élargissement de la protection des droits individuels, surtout dans le domaine de l'Administration, un de ses devoirs et une de ses raisons d'être.

cipes généraux du droit administratif, Tourniol du Clos. *Essai sur le recours pour excès de pouvoir.*

Vu et approuvé :

F. LARNAUDE.

Vu :

Le Doyen,

P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

Errata

- P. 8, Note 1, *au lieu de* : Gottinger, *lire* Göttinger.
- P. 27, ligne 12. *au lieu de* : juridiques. *lire* psychologiques.
- P. 27, note, *au lieu de* : Le lien entre le Droit positif les théories métaphysiques... *lire* : Le lien entre le droit positif et les théories métaphysiques ..
- P. 39, note 1, *au lieu de* : (1) et (2) « De la liberté .. » *lire* : (1) « De la liberté .. »
- P. 39, *ajouter* après la note (1) la note 2 : « La Cité antique 11^e éd. 1885, p. 265 et s.
- P. 54, ligne 5, *au lieu de* : lié étroitement avec la notion., *lire* : lié étroitement à la notion
- P. 65, note 1, *au lieu de* : « Discours préliminaire du système... » *lire* : « Discours préliminaire au système... »
- P. 83, note 1, *au lieu de* : trad. franç. *lire* : éd. franç.
- P. 86, note 1, ligne 2, supprimer *passim*.
- P. 112, note 1, *au lieu de* : Pandekt *lire* : Lehrbuch des Pandektenrechts éd. par Kipp
- P. 155, note 1, *au lieu de* : V cette classification chez Kollesberg, *op. cit.*, *lire* : V. cette classification. chez Kollesberg, Die politischen Rechte der Unterthanen, 1888-1894.
- P. 158 note 1 *au lieu de* : Kollesberg, *op. cit* p., *lire* : Kollesberg, *op cit.*, p 89.
- P 158 note 2 *au lieu de* : *Ibid*, p., *lire* : *Ibid.* p 90.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

	PAGES
Méthodes nécessaires pour traiter notre question. La méthode juridique et la méthode sociale.....	1-7
Les principes fondamentaux de la méthode juridique. Son instrument de travail : le rapport de droit. L'introduction de la méthode juridique dans le droit public exigeait la construction des rapports de la vie publique à l'image des rapports de droit privé, par suite l'attribution à l'Etat de la personnalité juridique	4-8
La critique de cette méthode par l'école positiviste. Elle est formulée au nom de deux postulats : celui de la causalité et celui de la réalité objective. Les notions de la méthode juridique ne sont pas les copies adéquates de la réalité objective ; elles ne peuvent pas non plus donner l'explication causale des faits juridiques. — La notion de la personnalité juridique serait une fiction ; celle du droit subjectif également. Remplacement de ces notions par la notion de l'individualité objective, du pouvoir de vouloir objectif et de la situation juridique subjective.....	8-15
Réponses aux objections de l'école positiviste. La science juridique n'opère pas avec le principe de la causalité, mais avec celui de la norme impérative. C'est une science nor-	

mativc. Elle n'a pas à étudier les faits réels objectifs, puisque le droit n'existe pas comme substance ou attribut de substance, mais comme des relations conçues par l'esprit et comme des abstractions. — La méthode juridique doit en outre créer des concepts stables, véritables synthèses mentales des faits juridiques, et instruments de travail nécessaires aux juristes	15-22
La méthode sociale n'est pas capable de suppléer à ce devoir de la méthode juridique.....	22-23
Les défauts de la méthode juridique : Son formalisme logique. Correctif de cette méthode dans la méthode historico-sociale	23-26
La méthode sociale objective et la méthode sociale subjective. La nature psychologique du droit se prête mieux à la méthode subjective. La confusion de deux méthodes sociales chez M. Duguit.....	26-33

CHAPITRE II

HISTORIQUE

L'existence des droits subjectifs publics en dépendance étroite avec le rapport qui lie l'individu à l'État. La soumission des individus dans les sociétés primitives. Causes de cette soumission. Mais le déterminisme social devient de moins en moins rigoureux à mesure que les sociétés humaines progressent.....	34-38
L'indépendance individuelle dans l'ancienne Grèce. La notion de la liberté chez les anciens d'après B. Constant. Cette notion n'est pas conforme à la réalité, croit M. Jellinek. La liberté individuelle dans l'ancienne Grèce, surtout à Athènes, comportait non seulement la participation à la puissance publique, mais aussi l'indépendance vis-à-vis de la puissance publique. Seulement les Grecs n'avaient pas la notion juridique de la liberté individuelle.....	38-44

La conception de la liberté à Rome. Au moyen-âge.....	44-45
L'influence du christianisme sur le développement de l'idée de liberté. La Réforme. La pratique constitutionnelle anglaise	45-47
L'importance de la Grande Révolution française et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. C'est sous leur influence que s'est formée, dans le droit positif des États modernes du continent, la notion juridique des droits subjectifs publics. Le mouvement constitutionnel du XIX ^e siècle.....	48-53

CHAPITRE III

LE FONDEMENT PHILOSOPHIQUE DU DROIT SUBJECTIF PUBLIC

Il est lié étroitement à la notion que l'on se fait du rapport entre l'individu et la société.....	54-55
La conception individualiste, atomistique. Elle est à la base de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'idée de l'Etat de nature et du contrat social. Le fondement des droits subjectifs publics dans la liberté de l'homme. La négation de l'influence du déterminisme et du pouvoir social. La critique de cette théorie.....	55-61
La théorie organique, collectiviste. Elle nie l'individualité et son autonomie, et, par voie de conséquence, les droits individuels publics. Bonald. Comte. Il n'y a pas de droits, il n'y a que des devoirs	61-65
La critique du déterminisme rigoureux de cette théorie. Il faut admettre les deux facteurs sociaux : l'individu et la société. Le déterminisme social trouve son expression dans les droits de domination de l'État, la liberté et l'initiative individuelles, dans les droits subjectifs publics..	65-72

CHAPITRE IV

LE FONDEMENT JURIDIQUE DES DROITS SUBJECTIFS PUBLICS

L'Etat est une personnalité morale, une corporation. Les particuliers participent à la création de la volonté qui dirige la corporation, ils sont des sujets de droits subjectifs publics	73-77
Le conflit entre les droits subjectifs publics et la notion de la puissance publique. La négation de ces droits. Br. Schmidt, Bornhak. Critique de cette opinion	77-83
La séparation de l'Etat en Etat-administrateur et en Etat-législateur. La souveraineté n'appartient qu'à l'Etat-législateur, l'Etat-administrateur peut être lié juridiquement. Le principe de la séparation des pouvoirs. Critique de cette théorie.....	83-86
Nécessité de concevoir l'Etat comme unité. La limitation de l'Etat par son auto-limitation, Jellinek. L'Etat est lié non seulement comme administrateur, mais aussi comme législateur.....	87-92
La conception du droit naturel. Son explication psychologique.....	92-97
Le système solidariste de M. Duguit. Critique.....	97-103

CHAPITRE V

LA NOTION DU DROIT SUBJECTIF

Elle dépend de la notion du droit objectif. La conception anti-finaliste et formelle du droit objectif et du droit subjectif. Willenstheorie et Normentheorie. Critique de cette conception.....	104-120
La conception matérielle du droit. Ihering. Critique de cette théorie.....	120-122

La conception du droit d'après les deux éléments : intérêt et volonté. M. Michoud et Jellinek	122-126
La notion de la contrainte	126-128
Les droits-reflets	128-129
La notion du droit subjectif au point de vue matériel et au point de vue formel	129-130

CHAPITRE VI

LA NOTION DU DROIT SUBJECTIF PUBLIC

La définition du droit subjectif public d'après l'intérêt. Layer, D. Majorana. Critique.	131-138
La notion du droit subjectif public d'après la nature du sujet passif. M. Tourniol du Clos. Critique.	138-139
Criterium de la sanction. Thon. Critique.	140-143
Le vrai criterium dans le contenu du rapport de droit public qui est la puissance publique.	143-147
La définition du droit subjectif public.	147-148

CHAPITRE VII

L'ÉNUMÉRATION DES DROITS SUBJECTIFS PUBLICS

La théorie française. Les droits de liberté, les droits d'égalité et les droits politiques	149-152
La théorie de statuts : Jellinek, M. Hauriou.	152-155
La classification des droits subjectifs publics d'après la nature du contenu de ces droits.	155-157
Première catégorie : Les droits autorisant l'individu à une action positive vis-à-vis de l'État. Droits d'expatriation. Droits des organes. Droit à la résistance.	157-174
Deuxième catégorie : Exemptions des obligations imposées légalement à tous les citoyens. Exemptions des services réels et des services personnels.	174-176

Troisième catégorie : Droits à l'activité positive de l'État.	
Droit à la protection juridique. Droit aux services publics	176-184
Quatrième catégorie : Droits de liberté. Le contenu de ces droits est une abstention de l'État.....	
	184-192

CHAPITRE VIII

LES GARANTIES DES DROITS SUBJECTIFS PUBLICS

Les garanties indirectes : la bonne organisation des pou- voirs publics, etc	193-197
Les garanties directes : la résistance individuelle, les recours judiciaires et administratifs	197-199

